



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

PATRÍCIA ARAÚJO LIMA

**DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO E DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
APRESENTAÇÃO: 27 FEVEREIRO DE 2020**

**SÃO CRISTOVÃO / SE
2020**

PATRÍCIA ARAÚJO LIMA

**DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO E DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Sergipe como
requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Professor Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

**SÃO CRISTOVÃO / SE
2020**

FOLHA DE APROVAÇÃO

PATRÍCIA ARAÚJO LIMA

DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: IMPACTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Sergipe como
requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito.

Aprovado em 27 de fevereiro de 2020.

Professor Dr. Henrique Ribeiro Cardoso
Orientador – PRODIR / UFS

Professor Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva
PRODIR / UFS

Professora Dra. Viviane Coelho de Sellos-Knoer
UNICURITIBA

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL UNIVERSIDADE
FEDERAL DE SERGIPE**

Lima, Patrícia Araújo

L732d Desjudicialização da saúde: impactos da análise econômica do direito e da economia comportamental / Patrícia Araújo Lima ; orientador Henrique Ribeiro Cardoso. – São Cristóvão, SE, 2020.
140 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2020.

1. Direito à saúde. 2. Resolução de disputa (Direito). 3. Economia e direito. 4. Direito e desenvolvimento econômico. I. Sistema Único de Saúde (Brasil). II Cardoso, Henrique Ribeiro, orient. III. Título.

CDU 342.7:614

*A meus pais,
razão da minha busca incessante pelo conhecimento.
A meu marido,
que despertou em mim o desejo do estudo pelas políticas públicas.
A meus filhos,
por me impulsionarem a crescer.*

AGRADECIMENTOS

Foram dois anos de muita dedicação, abnegação, ausência, milhares de horas de estudo e pesquisa. Descobrir o novo, questionar, desconstruir. A concretização desse sonho não seria possível sem o apoio de várias pessoas.

Agradeço, primeiramente, a Jeová Deus, por ter me concedido esse presente maravilhoso, que é a vida, por me amar e nos prover de conselhos, orientações, apóio, através da sua palavra, da oração e das várias pessoas que ele coloca no nosso caminho para nos ajudar.

Aos meus pais, que incutiram em mim o desejo pela busca do conhecimento, por serem sempre o meu porto seguro.

A meu marido, incentivador deste meu sonho e de tantos outros que já conquistei e de tantos outros que ainda irei conquistar. Obrigada por nunca questionar minhas ausências e não me deixar desistir.

A meus filhos, João e Gabriel, a existência de vocês já ilumina meus dias, impulsiona-me a buscar ser sempre uma pessoa melhor. Mas, são as pessoas que vocês se tornaram, amáveis, responsáveis, honestas, que me enchem de orgulho.

A Luke que me enche de carinho todos os dias, meu mais fiel companheiro de estudo.

Aos meus irmãos, Alex e Ana Paula, pelo apoio e torcida em todos os momentos.

A todos da minha família, pelo amor incondicional e pela certeza de sempre poder contar com vocês. É bem mais fácil ousar sabendo que tenho vocês ao meu lado.

Ao meu orientador Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, pelas horas disponibilizadas a mim, pelo conhecimento repartido, sempre com muito carinho, paciência e tranquilidade.

A todos os professores do PRODIR, que dedicam seu tempo para o engrandecimento da cultura jurídica no Estado de Sergipe.

A todos os meus colegas do mestrado que compartilharam comigo conhecimento, momentos de angústia, de descobertas nessa caminhada.

RESUMO

A partir do Neoconstitucionalismo, do fenômeno da constitucionalização do direito e diante de um amplo acesso ao Judiciário, aliado à dificuldade do Estado em prover os serviços relacionados à saúde, houve um crescimento da judicialização. Essa intervenção do Poder Judiciário na execução da política pública da saúde, sem a devida conexão com o Poder Executivo, possui diversos reflexos negativos, em razão da ausência de paradigmas que determinem a abrangência de sua atuação, criando, o Judiciário, por vezes, um sistema de regulação e de protocolos próprios além dos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde - SUS. Além da dimensão individual, o direito à saúde é um direito social. Ao conceder o direito à saúde, individualmente, sem análise dos impactos ao direito coletivo, o Poder Judiciário coloca em risco a existência do SUS, além de ferir o princípio da isonomia, pelo tratamento desigual na concessão do serviço público de saúde. O trabalho em apresentação pretende mostrar que é preciso repensar o processo de judicialização da saúde, de como compatibilizar o direito individual ao direito de todos ao funcionamento do sistema público de saúde, agora e no futuro, através do estudo da Teoria Econômica do Direito e da Economia Comportamental.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização; SUS; custos; economia; comportamento.

ABSTRACT

From the neoconstitutionalism, the phenomenon of Constitucionalization of Law and in the face of ample access to the judiciary, coupled with the State's difficulty in providing health-related services, there was an increase in judicialization. This intervention by the Judiciary in the execution of public health policy, without the proper connection with the Executive, has several negative effects, due to the absence of paradigms that determine the scope of its performance, creating, sometimes, the Judiciary, its own regulation system and protocols in addition to those provided by the Unified Health System - SUS. Beyond the individual dimension, the health right is a social right. By granting the health right, individually, without analyzing the impacts on collective law, the Judiciary puts in risk the existence of SUS, in addition to violating the principle of equality, due to unequal treatment in the concession of the public health service. The present work intends to show that it is necessary to rethink the health judicialization process, how to reconcile the individual right to the right of all to the functioning of the public health system, now and in the future, through the study of the Economic Theory of Law and the Behavioral Economics.

KEYWORDS: judicialization; SUS; costs; economy; behavior.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	15
1.1 O SUS – Sistema Único de Saúde – Exigência de equidade e universalidade na atenção à saúde.....	23
1.2 Neoconstitucionalismo, Constitucionalização do Direito e o excesso da judicialização da saúde	30
2. COMPATIBILIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL À SAÚDE E O DIREITO COLETIVO	44
2.1 Análise econômica do Direito na judicialização da saúde: justiça social	50
2.2 A contribuição da economia comportamental na solução do problema	62
3. MEIOS DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA: DESJUDICIALIZAÇÃO	77
3.1 Judicialização da saúde e o sistema de precedentes	79
3.2 Decisões recentes em conformidade com o sistema de precedentes	84
3.3 Mediação como alternativa à desjudicialização das políticas públicas	87
3.4 Práticas de estreitamento das relações entre os Poderes Judiciário e Executivo	91
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108
ANEXO	119

INTRODUÇÃO

O direito à saúde sempre foi objeto de diversas discussões, pela importância refletida na qualidade de vida de uma sociedade.

No último século, a saúde foi reconhecida como um direito fundamental relevante, tanto no direito internacional, como no direito interno dos estados. Com o fim da II guerra mundial foram criados órgãos internacionais com o objetivo de, entre outros, promoverem a cooperação internacional, o progresso social e os direitos humanos, como a Organização das nações unidas (ONU), em 1945, e a Organização mundial da saúde (OMS), em 1948, agência especializada das Nações unidas, com o objetivo principal de garantir o acesso à saúde a todos os seres humanos. No âmbito internacional, entre os documentos marcos, em destaque, a Declaração universal dos direitos humanos, em 1948, e os pactos de 1966, o Pacto internacional de direitos civis e políticos e o Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) qualifica a saúde como um direito fundamental, garantido pela interação dos três entes federativos: União, Estado, Distrito Federal e Municípios, estando expresso no art. 6º, como um direito social. A saúde passou, assim, a integrar o mínimo existencial do indivíduo e desde então, o direito à saúde passou a ser objeto de diversas discussões jurídicas.

Ao qualificar a saúde como um direito fundamental, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) o faz pautada no fundamento da República da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º), sendo o direito à saúde, atualmente, reconhecido como um dos mais relevantes no que se refere à existência digna da pessoa, por compreender seu bem estar.

Se já era importante discutir a saúde, suas condições e reflexos, com o empobrecimento da sociedade, oriundo das várias crises econômicas pelas quais o país enfrentou e enfrenta, o agravamento e aumento no número de pessoas doentes, em destaque o aumento da população idosa, gerando a inversão da pirâmide populacional e a tripla carga de doença (doenças crônicas, infectocontagiosas e causas externas), o avanço tecnológico e sua exploração econômica pela indústria farmacêutica, aliado à integralidade e universalidade do Sistema Único de Saúde, impõem ao Estado maiores cobranças, que não vem sendo solucionadas a contento, principalmente pela complexidade do tema saúde públicas.

Nesse desiderato, a partir do neoconstitucionalismo e do fenômeno da constitucionalização do direito, e em especial, a constitucionalização dos direitos fundamentais,

aliado à dificuldade do Estado em prover todas as demandas da sociedade relacionadas à saúde e diante de um amplo e facilitado acesso à justiça, a sociedade passou a pleitear a intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas, através da judicialização de direitos, em especial, para esse estudo, a judicialização da saúde.

Atualmente, existem milhares de ações judiciais em andamento, ajuizadas em todo o país, com o fim de impor ao Estado o custeio de medicamentos, tratamento de saúde e insumos terapêuticos, previstos ou não no padrão de integralidade do SUS, através da RENAME e RENASES, liberados ou não pela ANVISA.

São incontestes a legitimidade e os avanços quanto ao acesso à saúde proporcionado pela via jurisdicional, principalmente em relação aos medicamentos e tratamentos obrigatórios, ou seja, previstos na RENAME e na RENASES e não disponibilizados pelo Poder Público. Entretanto, essa intervenção do Poder Judiciário na execução da política pública da saúde, sem a devida conexão com o Poder Executivo, e em excesso, possui diversos reflexos negativos, em razão da ausência de paradigmas que determinem a abrangência de sua atuação, criando, o Judiciário, por vezes, um sistema de regulação e de protocolos próprios para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, além dos já existentes e disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Com o fenômeno da judicialização a saúde, o Judiciário criou uma porta de acesso ao Sistema Público de Saúde, qual seja, a decisão judicial. Essa atuação excessiva e desenfreada do Poder Judiciário proporciona desorganização, desigualdades e incertezas no sistema, exigindo um repensar sobre o fenômeno, quanto a seu limite e existência.

Os direitos estão intimamente relacionados a custos. Ao conceder direitos não previstos nos protocolos instituídos pelo SUS, o Poder Judiciário realoca recursos, fazendo com que outros direitos sejam disprestigiados, sem analisar o que é mais importante e prioritário para a sociedade naquele momento.

O Estado depende do orçamento público para prover o direito à saúde. As despesas devem ser adequadas aos recursos disponíveis.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) determina os meios que devem ser utilizados pelo Estado para o planejamento de suas ações: o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA). O orçamento determina os recursos que serão utilizados nas despesas, ou seja, na concretização dos direitos; quais direitos serão atendidos. Não há recursos para o atendimento de todas as necessidades em termos de

saúde pública. A limitação dos recursos demanda escolhas de áreas, projetos, programas que serão atendidos.

Observa-se uma resistência do Poder Judiciário em admitir o custo dos direitos e o limite do orçamento. As políticas públicas estão sendo substituídas pela discricionariedade do Juiz, que, na maioria das vezes, mesmo em sede de antecipação de tutela, *inaudita altera pars*, no afã de fazer justiça com celeridade e de satisfazer o interesse individual do requerente, concede tratamentos, exaurindo toda a demanda processual, sem a utilização de paradigmas, casos idênticos com decisões contrárias.

O Judiciário ao conceder um direito individual específico, sem critério técnico ou planejamento, satisfazendo um interesse individual específico, mas fugindo dos critérios técnicos e planejamento do SUS, sem visualizar o impacto desta decisão, fere o direito da sociedade como um todo, principalmente os que se encontram em idêntica situação ao do tutelado e que estão seguindo os protocolos instituídos pelo Sistema Único de Saúde.

O grande desafio é encontrar mecanismos para a concretização dos princípios e valores constitucionais. Além da dimensão individual, o direito à saúde é um direito social. Ao conceder o direito individualmente à saúde sem análise dos impactos ao direito coletivo, o Poder Judiciário coloca em risco a existência de todo o Sistema Único de Saúde – SUS, além de ferir o princípio da isonomia, pelo tratamento desigual na concessão do serviço público de saúde.

As decisões judiciais devem produzir resultados eficientes, pautadas no custo benefício, na efetividade e na utilidade da decisão não só em relação ao cidadão, mas de toda a sociedade. Elas devem visualizar o subfinanciamento do SUS, o custo dos direitos, o grau de essencialidade da pretensão em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação que possa justificar a realocação de recursos.

Não significa dizer que o direito à Saúde não pode ser garantido pelo Poder Judiciário, mas seu melhor uso não é para a obtenção de direitos individuais, mas na formação de políticas públicas de saúde, protocolos, ou no cumprimento destas.

É possível compatibilizar o direito individual ao direito de todos ao funcionamento do sistema público de saúde agora e no futuro? A centralidade do sistema de direitos fundamentais instituída pela Constituição Federal de 1988 inviabiliza o direito coletivo de funcionamento do SUS? A judicialização é uma alternativa eficaz para a solução do problema da aplicabilidade dos direitos sociais?

O presente estudo, intitulado Desjudicialização da saúde: impactos da análise econômica do direito e da economia comportamental, elaborado sob a supervisão do Professor

Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, constitui a dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-graduação em direito - mestrado da Universidade Federal de Sergipe, sendo resultado de um conjunto de estudos ocorridos no âmbito do grupo de pesquisa “Constitucionalismo, Cidadania e Concretização de Políticas Públicas”, do Programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS), da vivência laboral entre os anos de 2008/2017, na assessoria do gabinete da 3ª Vara Cível da Comarca de Aracaju do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, vara especializada na solução de conflitos envolvendo o Estado de Sergipe e o Município de Aracaju, e após o ano de 2017, como técnica de gabinete de Desembargador do TJSE (Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe), o que possibilitou observar a dinâmica do Judiciário na solução desses conflitos e os impactos dessa intervenção na execução da política pública da saúde no Sistema Único de Saúde, em especial no Estado de Sergipe.

O trabalho em apresentação pretende mostrar que é preciso repensar o processo de judicialização da saúde, de como compatibilizar o direito individual ao direito de todos ao funcionamento do sistema público de saúde agora e no futuro, apresentando a desjudicialização e a utilização do padrão de integralidade de atenção à saúde do SUS como alternativas para a efetivação do direito à saúde como preconizado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Para tanto, será feita uma análise sobre o direito à saúde na Constituição brasileira, o Sistema Único de Saúde, o fenômeno da judicialização à saúde, a compatibilização do direito fundamental individual e coletivo à saúde e a contribuição da economia do direito e a economia comportamental na solução do problema. Serão analisadas, também, as novas formas de resolução de conflito instituídas pelo Código de Processo Civil de 2015 através do sistema de precedentes e as decisões vigentes após 04 anos de sua publicação e instrumentos eficientes de desjudicialização.

Para a resolução deste problema, este estudo propõe como hipótese primária, que o processo de judicialização da saúde vem gerando mais injustiça social do que justiça, não ocasionando uma melhora na saúde pública do Brasil, mas ampliando as desigualdades existentes. A hipótese secundária, em sentido contrário, visualiza o direito à saúde como direito fundamental absoluto, irrestrito e ilimitado, sua supremacia absoluta e *a priori* sobre o direito coletivo à saúde, legitimando o fenômeno da judicialização à saúde.

O objetivo do estudo é pesquisar se é possível afastar os efeitos negativos da judicialização à saúde, como hoje é aplicada, ao priorizar o direito individual ao coletivo mediante a utilização do padrão de integralidade de atenção à saúde, analisar o problema sob a

perspectiva da teoria da economia comportamental e da análise econômica do direito e apresentar alternativas eficazes de desjudicialização.

A metodologia utilizada neste trabalho pautou-se na pesquisa qualitativa, inicialmente, através do método indutivo, tendo em vista que o problema foi visualizado através da experiência e de observações dos processos de judicialização do direito à saúde, suas consequências e sua implicação na política pública de saúde, ou seja, partiu-se de fatos específicos para a obtenção de conclusões gerais. Posteriormente, foi utilizado, também, o método dedutivo, partindo de conceitos gerais constantes em teorias e leis e aplicando-as no problema visualizado, através de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e análise jurisprudencial.

Para tal finalidade, o primeiro capítulo tecerá algumas considerações sobre o Sistema Único de Saúde, seu padrão de integralidade e os protocolos instituídos, o fenômeno da constitucionalização do direito e o excesso da Judicialização da Saúde, constatando o problema apresentado, ou seja, a existência de colisão entre as duas dimensões do direito à saúde incorporadas pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), de cunho individual e social, e os problemas ocasionados por essa visão de preferência absoluta e *a priori* do primeiro em detrimento do segundo, quando postos ao crivo do Poder Judiciário.

No segundo capítulo será feito um estudo sobre a possibilidade de compatibilização do direito fundamental individual à saúde e o direito coletivo e a contribuição da teoria da economia comportamental e análise econômica do direito na solução e explicação do problema. A partir destas, será feita uma correlação com decisões judiciais no âmbito dos Tribunais Estaduais, em especial, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e nos Tribunais Superiores, demandas que buscam dos entes públicos medicamentos, tratamentos, cirurgias e exames.

No terceiro capítulo serão estudadas formas vigentes de solução do problema, através do sistema de precedentes instituído no Novo Código de Processo Civil de 2015 e o IRDR, incidente de resolução de demandas repetitivas, decisões que vinculam os Tribunais e juízes de primeiro grau, criando paradigmas e diminuindo a amplitude interpretativa judicial ocasionada pela constitucionalização do direito, pela ampliação do princípio da legalidade, e imprecisão dos princípios e valores constitucionais. Como também, serão apresentadas as decisões dos Tribunais Superiores já proferidas pautadas no sistema de precedentes, acerca do direito à saúde e algumas boas práticas em andamento de diálogos institucionais, como os Núcleos de Assessoramento Técnico – NAT, Fórum Nacional do Judiciário e as Câmaras de mediação, e

como eles vêm possibilitando uma desjudicialização da saúde, um melhor tratamento para o tutelado aliado à sustentabilidade do Sistema Único de Saúde.

1. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Constitucionalismo moderno surge da necessidade de controle do poder do Estado e de superação dos regimes absolutistas. Desta forma, as Constituições da modernidade surgem permeadas pelos ideais humanistas, com vasto elenco de direitos fundamentais, com assento nos ideais da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, em 1988, entra em vigor a nova Constituição Federal (BRASIL, 1988), batizada de Constituição Cidadã, por centrar-se nos direitos fundamentais e sociais.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) foi influenciada pela Constituição Alemã, adotando a ideia de valorização dos direitos fundamentais, ampliando-os e inserindo-os logo no Título I, indicando em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos além da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana, seguindo, assim, o modelo do Estado Social e Democrático de Direito.

Binenbojm (2005, p. 62) sustenta que “o ponto de partida da Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) é a proteção da dignidade humana, em torno do qual erige o edifício normativo dos direitos fundamentais”, assim como na Lei Fundamental de Bonn (1949), na Constituição portuguesa (1976) e na Constituição espanhola (1978), dotando os direitos fundamentais de eficácia imediata e proteção contra ameaças de supressão ou comprometimento (art. 5º, § 1º e art. 60, § 4º, IV, da CF/88).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), foi o “marco no avanço democrático nacional, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte caracterizada pela pluralidade e participação dos mais diversos atores sociais”. (CARVALHO, 2003, p. 01).

Apesar de todas as outras Constituições tratarem sobre o direito à saúde, somente com a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), a saúde passou a ser vista como direito fundamental do cidadão (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 259), indo ao encontro do preceituado no âmbito do direito internacional, que considera a saúde não mais somente como ausência de doença, mas como o completo bem-estar físico, mental e social do homem.¹ A proteção

¹ Na Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1946, a saúde é conceituada como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” Acrescenta, ainda, que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1946)

concedida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) abrangeu, assim, a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, devendo o Estado promover não só o tratamento da doença, mas uma melhora na qualidade de vida e bem estar do cidadão.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) qualifica a saúde como um direito fundamental, garantido pela interação dos três entes federativos: União, Estado, Distrito Federal e Municípios, através de prestações positivas de formulação de políticas públicas sociais e econômicas, destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, estando expresso no art. 6º², como um direito social. A saúde passou, assim, a integrar o mínimo existencial do indivíduo e desde então, o direito à saúde passou a ser objeto de diversas discussões jurídicas.

Ao qualificar a saúde como um direito fundamental, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) o faz pautada no fundamento da República da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º³), sendo o direito à saúde, atualmente, reconhecido como um dos mais relevantes no que se refere à existência digna da pessoa, por compreender seu bem estar.

Quanto à competência, o art. 23, II, da CF (BRASIL, 1988) dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e nos art. 24, XII, e art. 30, I, que estes entes têm competência concorrente para legislar sobre defesa da saúde.

Assim, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante o direito à saúde pela interação dos três entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo as normas relacionadas ao direito a saúde de aplicabilidade imediata, como disciplinado no art. 5º, §1º, da CF (BRASIL, 1988).

Em seu Título VIII, Capítulo II, Seção II, artigos 196 a 200, extraem-se importantes diretrizes a respeito do direito à saúde, como regulamentação, financiamento e atribuições. Mas é em seu art. 196⁴, que é apresentado seu conceito, estabelecendo a implementação deste direito, descrito como direito de todos e dever do Estado.

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁴ Art. 196 da Constituição Federal. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão do Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão de Tutela Antecipada 175 (BRASIL, 2010), trouxe a interpretação do art. 196 da CF (BRASIL, 1988), com o fim de uniformizar o entendimento.

A decisão STA 175 (BRASIL, 2010)⁵ tratou-se de um agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (BRASIL, 2010), formulado pela União.

Nesta, o então Presidente do Supremo, Ministro Gilmar Mendes, interpretou o art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), relatando, entre os principais pontos, que o direito à saúde é estabelecido pelo art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) como um direito de todos, ou seja, que “é possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde”.

Destacou que embora o direito à saúde esteja assegurado constitucionalmente mediante políticas públicas e econômicas, “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize”. O direito individual está “condicionado ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.”

Destacou, ainda, que há o dever fundamental de prestação da saúde pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) através de políticas sociais e econômicas “que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas”, ou seja, além dos recursos serem “naturalmente escassos por meio de critérios distributivos”, a evolução da medicina impõe “um viés programático ao direito à saúde”, ressaltando que “sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada”. Ainda como dever do Estado, elenca a obrigação solidária e subsidiária dos entes da Federação de cuidar da saúde através de políticas que visem o acesso universal e igualitário. Neste sentido afirma que o “constituente estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde” – o SUS.

O Sistema Único de Saúde, SUS, foi estruturado pelo art. 198 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), como uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento

⁵ A decisão STA 175 (BRASIL, 2010) encontra-se no anexo neste trabalho.

integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade.

O SUS é um sistema de saúde público que engloba a atenção básica, média e de alta complexidade, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica, sendo regido pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade.

Antes da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) não havia a garantia do acesso universal ao sistema público de saúde.

Durante o período colonial, Monteschio (2019, p. 112) afirma que não havia no Brasil qualquer prática de proteção à saúde, preponderando, nesta época, a atuação estatal pontual, com o fim de remediar situações específicas relacionadas ao comércio internacional ou às práticas industriais, sendo a assistência médica, para poucos, principalmente pelo reduzido número de médicos existentes, prevalecendo o curandeirismo.

Em 1808 foram criadas as Faculdades de Medicina no Rio de Janeiro e na Bahia.

Após a Proclamação da República, inicia-se o período republicano, surgindo uma organização política conhecida como República Velha, que durou até a Revolução de 1930. Neste período, não existia, ainda, uma assistência à saúde pública organizada, surgindo várias epidemias de diversas doenças nas cidades brasileiras, como malária, varíola, febre amarela, dentre outras, com alta mortalidade, causadas principalmente pelas inapropriadas condições sanitárias e de higiene.

Monteschio (2019, p. 112) leciona que no governo de Rodrigues Alves (1902-1906), Oswaldo Cruz, pesquisador do Instituto Pasteur, foi nomeado para a Diretoria Geral da Saúde Pública, iniciando uma forte campanha sanitária de combate as epidemias urbanas e rurais, de caráter repressiva, não sendo estas bem recebidas pela população brasileira, destacando-se o episódio histórico da Revolta da Vacina, iniciada após a aprovação da lei, em 31 de outubro de 1904, que definia a obrigatoriedade da vacinação em todo o território nacional. Apenas com a comprovação da vacinação seria possível a contratação de trabalho, matrículas em escolas, certidões de casamento, autorização para viagem, entre outros.

Essas ações de combate as epidemias foram chamadas de Polícia Médica pela coerção e obrigatoriedade na sua implantação. Seu resultado foi positivo com a eliminação das principais epidemias existentes, fortalecendo a ideia de atenção pública à saúde.

Nesse período anterior a 1930, a assistência médica individual para quem não podia pagar era oferecida pelas Santas Casas e Instituições de Caridade.

Em 1923, a Lei Elói Chaves regulamentou a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP), marco inicial para a criação da Previdência Social no Brasil. O CAPs era restrito ao atendimento aos trabalhadores ferroviários, sendo substituído, em 1930, pelos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), com características eminentemente estatais. Foram criados vários IAPs, como IAPM (Instituto de Assistência e Pensões dos Marítimos); IAPB (Instituto de Assistência e Pensões dos Bancários); IAPC (Instituto de Assistência e Pensões dos Comerciários), entre outros. Em 1970, houve a unificação dos IAPs, a Previdência Social. Com o movimento sanitário, foram difundidas ideias de construção de uma medicina comunitária. Em 1977 foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas), estando vinculado o INAMPS (Instituto Nacional de Previdência Social). (CONASS, 2011, p. 13).

Monteschio (2019, p. 113) afirma que esse modelo, idealizado por Eloy Chaves, levava em consideração dois aspectos: o pagamento de benefícios previdenciários e a prestação de assistência médica aos trabalhadores segurados e seus familiares.

Em 1953 foi criado o Ministério da Saúde, desmembrando-se do Ministério da Educação.

No ano de 1974 é criado o MPAS (Ministério da Previdência e Assistência Social), desvinculando o sistema previdenciário do Ministério do Trabalho.

Na V Conferência Nacional de Saúde, ocorrida no ano de 1975, em Brasília, prevaleceram os debates sobre a precariedade do sistema público de saúde, a sua má distribuição e ineficiência, tendo sido apresentada pelo Governo Federal, a proposta de criação do Sistema Nacional de Saúde. Essa proposta foi concretizada com a Lei n 6229, de 17 de julho de 1975, que proporcionava uma organização sistêmica do sistema de saúde.

Em 1978, com o apoio da OMS e da OPAS (Organização Pan-Americana de Saúde) começou a ser implantado um programa de atenção primária à saúde no Brasil.

Monteschio (2019, p. 116) leciona que no ano de 1983, foi criado pelo CONASP (Conselho Consultivo de Administração de Saúde Previdenciária), Programas de ações integradas de saúde, que possibilitavam o repasse de recursos da União, pelo Ministério da Saúde, para os Estados beneficiados e destes para os municípios, para a construção de unidades básicas de saúde, contratação e capacitação de profissionais para serviços de atenção básica.

Ou seja, apesar dos avanços já observados, antes da CF de 1988 (BRASIL, 1988), havia a prestação de assistência de saúde pública somente aos trabalhadores vinculados à Previdência Social.

Como um estágio de preparação para a implantação do SUS, em junho de 1987 foi criado o SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde), contemplando a divisão das responsabilidades entre a União, Estados e Município. A partir do SUDS, foram criados os Conselhos Estaduais e Municipais e houve a desconcentração do INAMPS, estadualizando suas ações.

Com o processo constituinte e o movimento da Reforma Sanitária foi criado o Sistema Único de Saúde, que possibilitou a “ruptura da separação que havia no sistema público de saúde brasileiro entre os incluídos”, assistidos pelo INAMPS, e os “não incluídos, assistidos por entidades filantrópicas”. (CONASS, 2011, p. 15) Nesse momento, havia um tratamento desigual na prestação da saúde pública à população brasileira, sendo os serviços de saúde pública restritos a determinadas classes sociais.

Somente com a CF de 1988 (BRASIL, 1988) a saúde passou a ser vista como direito fundamental do indivíduo, indistintamente, sendo garantida através do Sistema Único de Saúde, o SUS, fruto de uma conquista longa e árdua através da Reforma Sanitária do país. Ou seja, somente com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), houve o reconhecimento de que todos têm o direito ao serviço de saúde prestado pelo Estado, independentemente de contribuição.

A instituição do Sistema Único de Saúde foi resultado da influência do movimento sanitário na Assembleia Constituinte de 1987, sendo um dos mais importantes atos políticos desse movimento, a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), ocorrida entre 17 a 21 de março de 1987, em Brasília-DF, onde foram discutidas a reforma do sistema nacional de saúde então vigente e a ampliação da cobertura.

Decorrente da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), surgiram a Lei nº 8080, de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), a chamada Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, tendo sido posteriormente modificada por diversas outras Leis, como as Leis nº 9836/1999, 10.424/2002 e 11.108/2005; as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais.

Em dezembro de 1990 foi regulamentada a Lei nº 8.142 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, através da Conferência de Saúde⁶ e dos Conselhos de Saúde⁷.

“A seção de saúde da CF (BRASIL, 1988) e as Leis nº 8.080 (BRASIL, 1990) e 8.142, de 1990 (BRASIL, 1990), constituem as bases jurídicas, respectivamente, constitucional e infraconstitucional do SUS.” (CONASS, 2011, p. 17)

Além da CF (BRASIL, 1988), das Leis nº 8080/90 (BRASIL, 1990) e 8142/90 (BRASIL, 1990), há procedimentos do SUS que são disciplinados através de regulamentos, decretos, portarias, protocolos. Todas essas normas infraconstitucionais devem adequar-se ao instituído pela Constituição (BRASIL, 1988), que impõe a efetivação dos direitos humanos.

Com a Lei nº 8689, de 27 de julho de 1993 (BRASIL, 1993) foi extinto o INAMPS, Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, sendo absorvidas suas funções, competências, atividades e atribuições pelo SUS e suas dotações orçamentárias foram transferidas para o Fundo Nacional de Saúde.

O direito à saúde, expresso na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), foi uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, tendo o seu ápice a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), sistema regido pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade e os princípios institucionais da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (art. 198 da CF de 1988).

Assim, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) atribuiu ao SUS a coordenação e a execução das políticas públicas de proteção e promoção da saúde.

O SUS hoje é uma realidade, ainda em construção, mas com avanços significativos.

De acordo com o Relatório de Gestão do Ministério da Saúde (BRASIL, 2018, p. 03), no ano de 2018, o SUS realizou quase 4 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 11,6 milhões

⁶De acordo com o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8142/1990, a Conferência de Saúde constitui um dos pilares do SUS, reunindo-se a cada quatro anos, com a representação de vários segmentos sociais para avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para a formulação das políticas de saúde pelo Poder Executivo.

⁷O Conselho de Saúde, no âmbito de atuação (Nacional, Estadual ou Municipal) é um órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, e atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. Cabe a cada Conselho de Saúde definir o número de membros, que obedecerá a seguinte composição: 50% de entidades e movimentos representativos de usuários; 25% de entidades representativas dos trabalhadores da área de saúde e 25% de representação de governo e prestadores de serviços privados conveniados, ou sem fins lucrativos. Informações disponíveis em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 17 jul. 2019.

de internações, 1,4 bilhão de consultas e atendimentos e 900 milhões de exames, sendo o maior sistema público de saúde com cobertura universal do mundo, sendo mais de 70% da população nacional, usuária exclusivamente deste, ou seja, aproximadamente 160 milhões de pessoas são dependentes do SUS.

O sistema possui dados do ano de 2018 (BRASIL, 2018, p. 03), 42.826 unidades básicas de saúde (UBS), das quais 21,141% com prontuário eletrônico, 614 unidades de pronto atendimento (UPA), 36 mil salas de vacinação com oferta de 300 milhões de doses de imunobiológicos, 4 mil leitos na rede federal, 31.008 drogarias credenciadas pela Farmácia Popular em 4.383 municípios, 36 medicamentos disponibilizados na Farmácia Popular, sendo 20 deles gratuitos (hipertensão, diabetes e asma) e os demais com até 90% de desconto, 5.040 municípios atendidos pelo Programa Saúde na Escola, alcançando 85 mil unidades de ensino, 26.492 transplantes realizados em 2018, sendo 14.781 (55%) de córnea, 90,2% de cobertura vacinal contra a gripe, 82,7% de cobertura populacional do serviço de atendimento móvel de emergência (SAMU), 19 vacinas incluídas no calendário nacional de vacinação para combater 30 doenças e outros agravos, como sarampo, meningite e hepatite B, abrangendo todas as faixas etárias, 345 mil pessoas (93%) vivendo com HIV/AIDS com carga viral suprimida, 262.325 agentes comunitários de saúde em atuação em dezembro de 2018, 1139 centros de especialidades odontológicas (CEO), onde 560 são habilitados pela rede de cuidados à pessoa com deficiência (RCPD), 1971 laboratórios regionais de próteses dentárias (LRPD), 217 centro especializado de reabilitação (CER), 36 oficinas ortopédicas, 2581 Centros de atenção psicossocial (CAPS), 309 hospitais habilitados em oncologia.

Alguns programas de políticas públicas em andamento no ano de 2018: política nacional de alimentação e nutrição (PNAN), que faz parte de um conjunto de políticas públicas criadas com intuito de respeitar, proteger, promover e prover os direitos humanos à saúde e à alimentação; programa academia da saúde, promove a saúde e o cuidado através do desenvolvimento de atividades voltadas à promoção de práticas corporais e atividades físicas, de alimentação e de modos de vida saudáveis e da produção do cuidado, por meio de ações culturalmente inseridas e adaptadas aos territórios locais; rede cegonha, programa que incentiva o parto normal humanizado e intensifica a assistência integral à saúde das mulheres e das crianças na rede pública, ampliando o cuidado às mulheres no parto e no nascimento; rede de cuidados à pessoa com deficiência (RCPD); rede de atenção psicossocial; programa requalifica UBS; programa nacional de imunizações; programa nacional de vigilância da qualidade da água para consumo humano, entre outros.

Através dos dados supra informados, é possível visualizar a complexidade, abrangência e importância que o Sistema Único de Saúde representa para a promoção da saúde pública nacional.

Manter esse sistema significa garantir ao cidadão o seu direito à saúde, de forma igualitária e universal.

Na próxima sessão será aprofundado o estudo acerca do Sistema Único de Saúde, seu regulamento, em especial, seu padrão de integralidade, equidade e universalidade.

1.1 O SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – EXIGÊNCIA DE EQUIDADE E UNIVERSALIDADE NA ATENÇÃO À SAÚDE

O conceito mais relevante e utilizado de saúde veio da Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de sua Constituição, sendo representada como “(...) um estado de completo bem-estar físico, mental e social (...)”, não consistindo apenas “(...) na ausência de doença ou de enfermidade (...)”, mas “(...) um direito fundamental de todo ser humano (...)”. Acrescenta, ainda, que “os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 1946)

Como já apresentado, a Constituição Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), com o fim de garantir o acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação à saúde⁸, na mesma linha de pensamento dos preceitos estabelecidos pela OMS, previu uma estrutura pública, o Sistema Único de Saúde (SUS), composto por todos os entes federativos através de uma rede interfederativa de serviços, cujas atribuições estão previstas no art. 200⁹ da

⁸Art. 198 da CF. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

⁹Art. 200 da CF. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias

CF (BRASIL, 1988), devendo ser capaz de garantir ao cidadão o seu direito à saúde, de forma igualitária e universal. Suas atribuições vão desde o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde (art. 200, I) à proteção do meio ambiente (art. 200, VIII).

A Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), no seu art. 4º, disciplina que “o SUS constitui um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

Compete ao SUS atuar em todos os campos definidos pelo art. 3º da Lei Complementar nº 141/2012¹⁰ (BRASIL, 2012), observadas as disposições do art. 200 da CF (BRASIL, 1988), do art. 6º da Lei nº 8080/1990 (BRASIL, 1990) e o art. 2º da Lei Complementar nº 141/2012 (BRASIL, 2012), cabendo ao Poder Público definir as ações e serviços de saúde capazes de garantir a integralidade da assistência à saúde, conforme disposições de financiamento na Constituição Federal¹¹ (BRASIL, 1988), Lei nº 8080/1990 (BRASIL, 1990) e a Lei Complementar nº 141/2012¹² (BRASIL, 2012). Desta forma, as ações e serviços devem ser

e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

¹⁰Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

¹¹Art. 198, § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

¹²Art. 5º. A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

contabilizadas com as necessidades de saúde da população e seu financiamento. Trata-se de um sistema mantido pela sociedade, para uso de todos os cidadãos, dentro de parâmetros de isonomia e equidade.

Sendo assim, o SUS é regido pelos princípios da universalidade, direito de todos, sem distinção; equidade, busca diminuir desigualdades; e integralidade, atendimento de todas as necessidades.

O princípio da universalidade advém do próprio texto do art. 196 da CF (BRASIL, 1988), que prevê “o acesso universal e igualitário às ações e serviços” de saúde. Desta forma impõe-se a prestação gratuita, para todos, sem distinção de qualquer forma.

Carvalho (2013, p. 13-14) defende que por universalidade entende-se que o direito à saúde é de todos, sem discriminação negativa ou positiva, de pobre, rico, empregado, desempregado, com ou sem plano de saúde. E por igualdade, que não há tratamento diferenciado para problemas iguais. “Diferenças no SUS só por necessidade de saúde”.

O princípio da integralidade impõe ao SUS uma assistência médica integral, ou seja, biológica, psicológica e social, dando ênfase às atividades preventivas, sem prejuízo das demais atividades, incluindo como atividades preventivas, a prevenção epidemiológica.

De forma contrária, Santos (2006, p. 04-05) entende que a universalidade do acesso ao SUS é a garantia de que todas as pessoas, sem barreiras contributivas, têm o direito de ingressar no SUS. Mas “a pessoa precisa estar no SUS, uma vez que a assistência integral somente é garantida àqueles que estão no SUS”. O SUS pressupõe a integralidade da atenção, ou seja, que o paciente está sob terapêutica pública. Para ela “integralidade da atenção é uma ação de mão dupla: paciente e profissionais devem manter uma vinculação, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado (...) ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público de saúde”.

Silva; Mendes (2018, p. 82) considera que “o reconhecimento do direito à saúde é também o do direito à igualdade”, podendo “subtrair desta relação também a metáfora do direito à fraternidade”. Afirmam, ainda, que “uma sociedade só tem o direito fundamental da saúde garantido quando todas as pessoas possam usufruí-lo de forma igualitária e irrestrita”.

Buscando atingir o atendimento democrático e ordenado, o SUS organiza-se através de protocolos, com ações preventivas e curativas. Há portas de entrada disciplinadas e regulamentadas; sistema de regulação de acesso aos serviços de saúde, como leitos hospitalares, tratamento fora do domicílio (TFD), transplantes; hospitais credenciados por tipo e gravidade da enfermidade; padrão de integralidade; protocolos específicos de pesquisa e teste de novos

tratamentos, entre outros. Ou seja, existem regras e paradigmas de utilização disponíveis a toda a sociedade, permeadas no princípio da igualdade que norteia o próprio sistema.

“Ferir as regras de funcionamento deste Sistema, SUS, gera impacto no acesso igualitário estabelecido pela Constituição Federal.” (LIMA; CARDOSO, 2019, p. 266)

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011 (BRASIL, 2011), regulamentou a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990), dispondo sobre a organização do Sistema Único de Saúde, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. Em seu art. 8º prevê que o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço. Como porta de entrada, entende-se os serviços de atendimento inicial à saúde do usuário no SUS. Ou seja, para o cidadão obter os serviços prestados pelo SUS deve ser submetido ao atendimento da sua atenção primária, preferencialmente, ou rede de urgência e emergência.

O seu art. 21¹³ (BRASIL, 2011) dispõe sobre a RENASES, relação nacional de ações e serviços de saúde, compreendendo todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde. Já o art. 25¹⁴ (BRASIL, 2011) dispõe sobre a RENAME, relação nacional de medicamentos essenciais, compreendendo a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

A RENAME é uma lista de medicamentos que visa atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira, sendo o instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS. A Relação de medicamentos essenciais é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos, tendo sido adotada há mais de 25 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros. Conforme já estudado, esta Relação é constantemente revisada e atualizada.¹⁵ Já a RENASES é a relação de todas as ações e serviços públicos que o SUS garante para a

¹³ Art. 21. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde.

¹⁴ Art. 25. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

¹⁵ Informação Disponível em: <http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>. Acesso em: 20 nov. 2018.

população, no âmbito do SUS, com a finalidade de atender a integralidade da assistência à saúde.

O padrão de integralidade do SUS¹⁶, através da RENAME e RENASES, é definido conjuntamente pela sociedade, Estado, através da CONITEC, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

A CONITEC tem a atribuição de assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, possuindo na constituição do seu plenário, representantes de cada Secretaria do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, do Conselho Nacional de Saúde, do CONASS (Conselho Nacional das Secretarias de Saúde), CONASEMS (Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde), ANS (Agência Nacional de Saúde) e ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Todas as recomendações emitidas pelo Plenário são submetidas a consulta pública. Qualquer pessoa ou instituição pode solicitar a análise da CONITEC em respeito à incorporação, alteração e exclusão de tecnologias no elenco do SUS.

Trata-se, assim, de um oferecimento padrão, uma escolha na uniformização dos tratamentos oferecidos e das tecnologias utilizadas, baseado em medicina por evidência¹⁷, diante do crescimento da demanda e a escassez de recursos.

A MBE (medicina baseada em evidências) fundamenta-se na prática da medicina pautada na experiência clínica, com o fim de melhorar a qualidade da assistência médica.

El Dib (2018, p. 01) conceitua a medicina baseada em evidências (Evidence-Based Medicine, EBM ou BEM), como “o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica”, ou seja, a MBE utiliza provas científicas válidas, aplicando seus resultados na prática clínica. Ela se baseia na efetividade, eficiência, eficácia e segurança.

¹⁶Padrão de integralidade de atenção à saúde é uma escolha que a sociedade e o Poder Público devem fazer, conjuntamente, em relação aos serviços de saúde que vão compor o rol de serviços que o SUS vai garantir à sociedade como um todo. Essa decisão é democrática, altamente participativa através da atuação dos Conselhos de saúde, movimentos comunitários, populares, que definem quais tratamentos e tecnologias padrões serão ofertados para aquela específica enfermidade. (LIMA; CARDOSO, p. 266, 2019)

¹⁷O Poder Público, através da CONITEC, nas atribuições de incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde no âmbito do SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT, trabalha com a medicina baseada em evidências, levando em consideração aspectos como eficiência, eficácia, acurácia e segurança da tecnologia, além da avaliação econômica dos benefícios e custos em relação às tecnologias já existentes. Disponível em: <http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Para Atallah (2018, p. 01) a MBE tem o compromisso da busca explícita e honesta das melhores evidências científicas da literatura médica, excluindo a prática com base apenas na intuição, na experiência clínica não sistematizada e nas teorias fisiopatológicas, concentrando-se na análise apurada dos métodos.

Além de constar na constituição do plenário da CONITEC, que tem a atribuição de assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, uma diversificada participação técnica, através da representação de representantes de cada Secretaria do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, do Conselho Nacional de Saúde, do CONASS, CONASEMS, ANS e ANVISA, há, através do Conselho Nacional de Saúde, o controle social, trazendo a sociedade para a discussão, legitimando a atuação administrativa.

O Conselho Nacional de Saúde (CNS) é formado por 48 conselheiros titulares e primeiro e segundo suplentes, sendo, de acordo com o art. 4º do Regimento Interno do CNS, Resolução nº 407, de 12 de setembro de 2008 (CNS, 2008): I - cinquenta por cento de membros representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS, eleitos em processo eleitoral direto; e II - cinquenta por cento de membros representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, entidades de prestadores de serviços de saúde, entidades empresariais com atividade na área de saúde, todas eleitas em processo eleitoral direto, bem como de representantes do governo, Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS e Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS, todos indicados pelos seus respectivos dirigentes. A fim de manter equilíbrio dos interesses envolvidos, a distribuição das vagas é paritária, ou seja, 50% de usuários, 25% de trabalhadores e 25% de prestadores de serviço e gestores.

O SUS está pautado no princípio institucional de participação da comunidade, pela democratização dos espaços decisórios. O art. 1º da Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, disciplina que o Sistema Único contará em cada esfera de governo com as instâncias colegiadas na Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde.

A existência e funcionamento dos conselhos de saúde possibilitam a participação sistemática de milhares de pessoas no debate e busca de soluções para os problemas de saúde. São importantes instrumentos para a efetivação do SUS e para a garantia do direito à saúde e por meio deles a comunidade pode intervir nas políticas públicas, controlando as ações estatais.

Os conselhos de saúde são espaços públicos que privilegiam a participação e controle social, é uma instância colegiada, deliberativa e permanente do SUS, tendo como fim a fiscalização das políticas públicas de saúde, levando as demandas da população ao Poder Público. “Participação e controle social são exercícios da soberania popular, desdobramentos do poder do povo, ao qual se refere a Constituição”. (CAMPOS, SALGADO, 2019, p. 49).

Já a Conferência de Saúde faz parte do sistema de governança colaborativo no SUS, que tem como pilares as Conferências de Saúde, que elaboram as diretrizes para a formação do Plano Nacional SUS e as Comissões Intergestores Bipartite – CIB e Tripartite – CIT, prevista na Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, e no art. 14 da Lei nº 8080/1990, que são foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do SUS¹⁸

As Conferências de Saúde reúnem representantes de movimentos sociais, conselheiros de saúde, usuários, trabalhadores, gestores do SUS, e juntos, traçam, de forma democrática as diretrizes para as políticas públicas de saúde no país. O relatório final das Conferências Nacionais subsidia a elaboração do Plano Plurianual e Plano Nacional de Saúde

Baptista (2003, p. 120) defende que o déficit de legitimidade democrática da função administrativa e a redefinição do papel da Administração Pública em função da dignidade da pessoa humana foram propulsores da construção dessa nova vertente do fenômeno participativo.

Este fenômeno gera um aperfeiçoamento das decisões ao permitir que o administrado defenda seus direitos, munindo o administrador de uma quantidade maior de informações, uma visão mais abrangente dos fatos e necessidades da sociedade, possibilitando, assim, um resultado mais justo e equânime e de acordo com a necessidade da população.

A participação administrativa na construção dos padrões de integralidade do SUS resolve o problema do déficit de legitimidade da Administração Pública, mas também o torna

¹⁸ Art. 14-A da Lei 8080/1990. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo: I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde; II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

mais eficiente, atendendo aos princípios constitucionais do SUS da universalidade e isonomia, oferecendo tratamentos padrões para cada enfermidade.

Dentre outros protocolos os quais o SUS se organiza, o Decreto nº 7508/2011 (BRASIL, 2011) prevê ainda, em seu art. 28, que para o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica do SUS, o usuário deve estar assistido por ações e serviços de saúde do SUS, o medicamento ter sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS, estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e ter a dispensação ocorrida em unidades indicadas pela direção do SUS.

Os protocolos e paradigmas de utilização, os quais gerem a organização do SUS, garantem a igualdade, princípio que norteia o próprio sistema.

Na próxima sessão será estudado o contexto do surgimento do fenômeno da judicialização da saúde, a constitucionalização do direito, a colisão entre os interesses primários individuais e coletivos e suas repercussões.

1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O EXCESSO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O constitucionalismo é um fenômeno que tem como enfoque a limitação do poder estatal arbitrário e a proteção das liberdades públicas.

O processo evolutivo do constitucionalismo nunca foi estático, mas sim gradativo. Não se pode negar as contribuições que as transformações no Estado e na sociedade ao longo dos séculos propiciaram.

Ferreira; Lima (2017, p.121) afirmam que “desde os primórdios da civilização surgiu a necessidade de o homem estruturar as relações sociais, estabelecendo o Estado como forma de modular a convivência humana.¹⁹ (...) É a partir daí que nasce o direito, intrínseco ao surgimento do Estado”.

A origem do constitucionalismo decorre de movimentos políticos revolucionários ocorridos principalmente na Inglaterra, França e Estados Unidos. Ele surgiu para se contrapor

¹⁹SOARES (2011, p. 73) explica que é difícil precisar o momento do surgimento do aparato estatal, mas seus paradigmas são encontrados nas instituições políticas da Antiguidade e da Idade Média.

ao caráter divino do monarca, objetivando limitar seu poder e suas derivações, como o autoritarismo e a censura.

A primeira fase do constitucionalismo foi denominada de constitucionalismo antigo, ocorrido entre os hebreus e nas Cidades - Estado gregas. Entretanto, esse fenômeno somente se solidificou na Idade Média, com a Magna Carta de 1215²⁰, com a Petition of Rights de 1628²¹, o Habeas Corpus Act de 1679²², e o Bill of Rights de 1689²³, leciona Lazari (2011, p. 96).

O jusnaturalismo moderno, ocorrido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão, base para as revoluções liberais, propiciando as Constituições escritas, pautando sua atenção no ser humano, detentor de direitos que deveriam ser garantidos pela ordem jurídica. O iluminismo consagrou a ideia de limitação de poder para a proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

As revoluções liberais, no final do século XVIII, propiciaram a queda das grandes monarquias, dando início ao período denominado de constitucionalismo clássico ou liberal, com a busca da liberdade do cidadão, o fim do autoritarismo do Estado e o fortalecimento da proteção aos direitos e liberdades individuais.

Soares (2011, p. 81) afirma que “a concepção liberal, em seu sentido político e econômico, procurou proteger o indivíduo que, dentro de seu marco social, afigurava-se sempre livre para adquirir sua liberdade.”

É no constitucionalismo clássico ou liberal que surge a ideia de rigidez constitucional, de supremacia formal da Constituição e a atribuição do Poder Judiciário de assegurá-la, o que desencadeia no Controle de Constitucionalidade em 1803. Como também, é nessa fase que surge a primeira dimensão de direitos fundamentais, leciona Lazari (2011, p.96).

Com o fim da I Guerra Mundial, iniciou-se uma nova fase do constitucionalismo, o constitucionalismo social ou moderno, que findou após a II Guerra Mundial. Nesta fase, houve a evolução dos direitos sociais, pois já não era mais suficiente somente a garantia dos direitos

²⁰ A Magna Carta ou Grande Carta foi um documento assinado em 15 de junho de 1215 que colocou por escrito alguns direitos do povo inglês, limitando o poder dos monarcas da Inglaterra. Foi fruto de um acordo realizado entre o Rei João sem Terra e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês.

²¹ O Petition of Rights, Petição de Direitos, foi uma declaração de liberdades civis elaborada pelo Parlamento inglês e aprovada em 07 de junho de 1628, prevendo, entre outros direitos, que nenhum imposto poderia ser cobrado sem consentimento do Parlamento, que nenhuma pessoa poderia ser presa sem justa causa apresentada e que a lei marcial não poderia ser utilizada em tempo de paz.

²² O Habeas Corpus Act foi uma lei do Parlamento da Inglaterra criada durante o reinado do Rei Chales II, para melhor garantir a liberdade do súdito, buscando definir e reforçar o instituto do habeas corpus, como garantia da liberdade individual.

²³ O Bill of Rights, Lista de Direitos, foi uma carta de direitos criada pelo Parlamento inglês em 1689, após o fim da Revolução Gloriosa de 1688, limitando o poder do rei na Inglaterra e aumentando o poder do Parlamento, significando o fim definitivo do absolutismo na Inglaterra.

e liberdades individuais. Inicia-se a doutrina do bem-estar social, surgindo a segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Ferreira; Lima (2017, p. 124) afirmam que “a grande marca desse novo período é que a atuação estatal limitada e a interferência mínima na esfera da iniciativa privada acabou sendo abrandada pela necessidade do Estado regular, também, os direitos sociais.”

O positivismo jurídico, no final do século XIX, equiparou o Direito à lei, fundamento da validade do direito, e a partir do século XX já se consolidava essa visão positivista do direito, em substituição à subjetividade jusnaturalista.

Após as Grandes Guerras Mundiais, percebeu-se que não era suficiente a garantia dos direitos e liberdades individuais e os direitos sociais, mas também a garantia de direitos difusos, como solidariedade e fraternidade entre as nações, iniciando o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, em meados do século XX, com prevalência na dignidade da pessoa humana, na concepção neopositivista do direito, a eficácia normativa dos princípios, o Estado Democrático de Direito, hermenêutica constitucional e a supremacia das Constituições no ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo tem como principal referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã de 1949) e italiana de 1947, tendo contribuído para o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova forma de interpretação constitucional. (BARROSO, 2015, p. 520)

De acordo com Coelho (2019, p. 183) do século XVIII seria herdada a concepção do constitucionalismo liberal, que precedeu o constitucionalismo social, promovendo ideias relacionadas à internacionalização e promoção dos direitos humanos após a segunda guerra mundial, fundamentando o desenvolvimento do neoconstitucionalismo no aspecto universal.

O neoconstitucionalismo vinculou os poderes aos poderes constitucionais, consolidando o Estado Constitucional de Direito. É nessa fase que surge a terceira dimensão dos direitos fundamentais, a ideia de normatividade da Constituição, solidificando a ideia de superioridade constitucional, filtragem constitucional, constitucionalização do direito, eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o fortalecimento do Poder Judiciário, relata Lazari (2011, p. 97).

Com o fenômeno da constitucionalização do direito²⁴, a Constituição passa a ser o centro de todo o sistema jurídico e a força normativa de suas normas se expande para as normas

²⁴A fase que estamos vivendo é do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, o qual propõe a existência de constituições normativas garantistas, dotadas de aperfeiçoado controle de constitucionalidade. Assenta, assim, na força vinculante das constituições, na supremacia

infraconstitucionais. “É um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. (BARROSO, 2012, p. 32)

Barroso (2018, p. 16 e 17) afirma que “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. Afirma, ainda, (2018, p. 27) que “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito”, ou seja, toda interpretação jurídica deve ser também constitucional.

Com o fenômeno da Constitucionalização do direito, “à supremacia meramente formal da Lei Maior, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”. (ARAGÃO, 2005, p. 11)

Este fenômeno é identificado por alguns autores como filtragem constitucional, ou seja, “toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados” (BARROSO, 2018, p. 27). Trata-se de uma “reinterpretação dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional” (ARAGÃO, 2005, p. 12). A lei passa a ter o objetivo de expressar os valores Constitucionais, submetendo o Estado ao direito e não apenas à lei, em sentido formal. (DI PIETRO, 2012, p. 05).

Machado (2019, p. 05) leciona que “a esta nova ideologia pode-se incorporar a ideia de constitucionalismo fraternal” face à relação lógica entre constitucionalismo clássico, liberdade, constitucionalismo social, igualdade, e constitucionalismo contemporâneo, fraternidade²⁵. Ou seja, o neoconstitucionalismo, além da liberdade e igualdade, conquistas do Estado Liberal e Social, deve consubstanciar a fraternidade.

O Constitucionalismo Fraternal é pautado na dignidade da pessoa humana, onde o ser humano ocupa o centro do ordenamento jurídico, devendo os poderes estatais buscarem a garantia de sua dignidade, através do mínimo existencial.

Em relação à constitucionalização do direito Administrativo, Di Pietro (2012, p. 04) afirma que, sob certo aspecto, ela sempre existiu, já que, principalmente a partir da Constituição

constitucional diante do sistema de fontes do direito, na eficácia e aplicabilidade integrais da carta magna, na sobreinterpretação constitucional, mais respeito a princípios, mais ponderação (BULOS, 2018, p.54)

²⁵De acordo com Machado (2018, p. 782) fraternidade é um princípio jurídico que tem, essencialmente quatro funções (função de equilíbrio entre liberdade e igualdade, função de reconhecimento, desveladora de paradoxos e função interpretativa). Dentre estas funções, a função de reconhecimento “impõe ao sujeito de direito um olhar para o outro, o respeito às diversidades numa sociedade multicultural, o espírito de tolerância, de compreensão mútua e de solidariedade”.

de 1934, já se encontrava na Constituição os principais fundamentos do direito administrativo, tendo se acentuado consideravelmente essa sistemática na Constituição de 1988. “Desta forma, em seu desenvolvimento, o direito administrativo nunca se afastou do direito constitucional, nem no sistema europeu-continental, nem do sistema da *common law*.” Acrescenta, ainda, que a constitucionalização do direito, no sentido empregado após a Constituição de 1988, significa dizer que seus valores e princípios passaram a guiar a atuação dos três Poderes do Estado, pois limitam a atuação legislativa, já que o descumprimento pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei que os contrariem; bem como limitam a função administrativa, pois a discricionariedade da Administração Pública passa a estar limitada pelos valores e princípios constitucionais e, ampliam o controle judicial, podendo o Poder Judiciário controlar a atuação administrativa e as leis a partir da interpretação destes.

Assim, com a constitucionalização do direito administrativo e a incidência dos princípios constitucionais, edificada no fundamento da dignidade da pessoa humana, houve uma alteração das relações entre a Administração e o administrado. O administrador passa a estar vinculado primordialmente à Constituição Federal e com isso, há alteração no princípio da legalidade, na discricionariedade administrativa, na ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos e na interpretação das leis administrativas que devem expressar os valores constitucionais.

Barroso (2012, p. 50) defende que o princípio da legalidade se transforma em princípio da constitucionalidade ou juridicidade, ou seja, subordinação da Administração à Constituição e à lei, respectivamente.

Binenbojm (2005, p. 128 e 129) argumenta que a partir da constitucionalização do direito administrativo há uma desconstrução dos velhos paradigmas, com a proposição de novos: “a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade”; a definição da supremacia do interesse público ao privado passa “a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores metaindividuais constitucionalmente consagrados” e as escolhas discricionárias do administrador passam a ser ventiladas por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição, dando-se “ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública”.

Nesta ordem de ideias, o direito público, seja o secundário, interesse da pessoa jurídica de direito público, erário, seja o primário, interesse da sociedade através da justiça, segurança e bem estar social, quando em colisão com direito privado, em regra, não prevalecerá, sendo

necessária a ponderação dos interesses com base nos elementos do caso concreto. Passa-se, assim, a uma nova interpretação do princípio ou regra constitucional da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

O pós-positivismo surge, com o enfraquecimento do jusnaturalismo e do positivismo, indo além da legalidade estrita, atribuindo normatividade aos princípios, com a centralidade no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, (CF, 1º), propiciando uma visão diferenciada acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, através da ponderação dos interesses, formulação mais condizente com os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

Aragão (2005, p. 15) defende que “o interesse público secundário jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse público primário”. Tal afirmativa é também defendida por Barroso (2012, p. 39).

Aragão (2005, p. 16) acrescenta ainda que o problema da colisão dos interesses ganha complexidade quando há o confronto entre o interesse público primário através de um direito, meta coletiva, e o interesse público primário individual, através de um direito fundamental. Tal colisão é matéria de estudo do presente trabalho ao se deparar o direito da coletividade de manutenção do Sistema Único de Saúde e o direito individual fundamental à saúde, sendo futuramente aprofundado no capítulo 02.

Adiante que Aragão (2005, p. 16) defende que “na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública. Tais abordagens serão mais bem estudadas na próxima sessão. Há de se acrescentar que numa sociedade democrática, ambas as dimensões, pública e privada, são importantes para a consagração do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Sarmiento (2005, p. 27) explica que a indeterminação do conceito de interesse público, pode levar ao “novo figurino para a ressurreição das razões do Estado”, realidade contrária ao exercício dos direitos fundamentais, mas também, “à desvalorização total dos interesses públicos coletivos diante dos particulares”.

Neste contexto, de colisão entre os interesses primários, individuais e coletivos, e com o amplo acesso ao Judiciário, garantido pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), intensificando a proteção dos direitos garantidos por ela, aliado à dificuldade do Estado em prover os serviços relacionados a políticas públicas e sociais, houve um crescimento da

chamada judicialização²⁶, com a ascensão institucional do Poder Judiciário, que com a constitucionalização do direito deve agir quando qualquer direito fundamental estiver sendo violado, inclusive com ingerência nas políticas públicas.

Ou seja, como já delineado, com a constitucionalização do direito administrativo há um aumento do controle judicial, uma diminuição da discricionariedade administrativa, e um crescimento da legalidade, como também uma ampliação da interpretação judicial. E com o aumento da demanda judicial, estimulado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) que erigiu a direitos fundamentais, direitos sociais, promovendo a cidadania e a conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos, houve a ascensão institucional do Poder Judiciário.

Barroso (2012, p. 44) afirma que com a constitucionalização do direito, o aumento da demanda por justiça e a ascensão institucional do Judiciário, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.

Machado (2019, p. 01) leciona que o ativismo judicial está presente na sociedade contemporânea pós-moderna face à mudança de Estado de Direito para Estado Democrático de Direito, a complexidade das relações jurídico-sociais, a filosofia pós-positivista e a força normativa da Constituição que romperam paradigmas constitucionais clássicos, a implementação progressiva dos direitos fundamentais. Esses fatores conduziram a ampliação da atividade jurisdicional.

Di Pietro (2012, p. 18) argumenta que o fenômeno da constitucionalização do direito ao ampliar o conteúdo do princípio da legalidade, gerou uma nova forma de interpretação judicial, que acaba por gerar maior insegurança jurídica, pela própria imprecisão dos princípios e valores constitucionais.

Nesse desiderato, em face de um amplo e facilitado acesso à justiça, a sociedade passou a buscar a intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas, através da judicialização²⁷ de direitos, especificamente, para este estudo, a judicialização da saúde.

Machado (2018, p. 778) leciona que o fenômeno da judicialização da saúde apresenta múltiplas causas, dentre as principais, “a força normativa da Constituição de 1998, seguida da

²⁶Barroso, no seu artigo Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática (2018, p. 03) explica que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais”.

²⁷Machado (2018, p. 778) afirma que “judicialização significa que questões de grande repercussão social estão decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais (Poder Legislativo e Poder Executivo)”

constitucionalização abrangente, a expansão da jurisdição constitucional e a ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo”.

O Ministro Gilmar Mendes na STA 175 (BRASIL, 2010), afirmou que

“o fato é que o denominado problema da judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.”

São diversas as decisões de Tribunais de Justiça condenando o Poder Público a custear medicamentos e tratamentos, em prazos exíguos, inclusive arbitrando multa diária em caso de descumprimento. Em 2013 foi publicado acórdão do Resp. nº 1069810/RS, do tema/repetitivo 84, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmando a tese que “tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”.²⁸

Atualmente, existem milhares de ações judiciais em andamento, ajuizadas em todo o país, com o fim de impor ao Estado o custeio de medicamentos, tratamento de saúde e insumos terapêuticos, previstos ou não na RENAME e RENASES, liberados ou não pela ANVISA.

O relatório analítico propositivo Justiça Pesquisa, Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (CNJ, 2019, p. 145), constatou, no mesmo sentido de outros estudos no tema, que o fenômeno da Judicialização da saúde ainda está em crescimento, não tendo se estabilizado, aumentando a cada ano o número de demandas judiciais nesse sentido. Relata (CNJ, 2019, p. 46) que se verifica na evolução ano a ano, um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância de 2008 a 2017. Crescimento muito superior aos 50% de crescimento do número total de processo de primeira instância. Acrescenta, ainda, que, o número de processos de segunda instância informados no ano de 2008 foram 2.969, enquanto nos anos seguintes passou de vinte mil, não

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.069.810**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 06/11/2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 20 abr. 2019.

sendo proporcional ao aumento do número total de processos. Conforme os relatórios Justiça em Números, em 2008 havia 3.066.526 processos tramitando em segunda instância, enquanto em 2009, 3.132.664, e em 2017, 4.373.418.

Embora legitimados a intervir nas políticas públicas relacionadas à saúde para a concretização de direitos fundamentais, tal intervenção deve seguir os ditames também previstos pela Constituição Federal de prestação universal, integral e equânime.

Como bem asseverado por Cardoso (2017, p. 131), “a atuação do Judiciário resulta da inafastabilidade da jurisdição, e sua atuação deve servir para reconduzir a Administração aos ditames postos pela Constituição.” Ou seja, ao conceder um insumo terapêutico ou tratamento obrigatório, ou seja, previsto na RENAME ou RENASES, mas não disponibilizados, nos moldes instituídos pelo SUS, trata-se de uma judicialização positiva, e, portanto, de ação indiscutível. O não cumprimento de uma lei pela Administração Pública deve gerar uma imposição pelo Poder Judiciário. Porém, nas concessões de medicamentos, tratamentos não disponibilizados, concedidos individualmente, sem visualizar os não tutelados e o interesse de toda coletividade, ou medicamentos e tratamentos obrigatórios, mas fora dos parâmetros de concessão do SUS, em hospitais e clínicas não credenciadas, ou com médicos particulares e não os do SUS, o Poder Judiciário peca pela excessividade.

O grande desafio é encontrar mecanismos para a concretização dos princípios e valores constitucionais. Além da dimensão individual, o direito à saúde é um direito social.

Ao conceder o direito à saúde, individualmente, sem análise dos impactos ao direito coletivo, o Poder Judiciário coloca em risco a existência de todo o Sistema Único de Saúde – SUS, além de ferir o princípio da isonomia, pelo tratamento desigual na concessão do serviço público de saúde.

Nunes (2011, p. 35) leciona que o que o art. 196 da Constituição Federal de 1988 determina que “o direito à saúde é um direito coletivo” que deve ser garantido pelo Estado através de políticas públicas sociais e econômicas, e não apenas através de concessão de medicamentos e tratamentos, mas principalmente através de ações que previnam doenças. Afirma, ainda, que “o contraste entre o direito individual e o direito coletivo não é um falso dilema, como alguns querem fazer crer”.

O Judiciário, ao fugir dos critérios técnicos e planejamento do Poder Público, fere o direito da sociedade como um todo, principalmente os que se encontram em idêntica situação ao do tutelado e que estão seguindo os protocolos instituídos pelo SUS. Barroso (2007, p. 04) afirma que “em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns

jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.

A concessão de medicamentos/procedimentos individualmente fere a isonomia ao privilegiar aqueles que têm acesso ao sistema da justiça, ou seja, os mais prejudicados com essa atuação são os que menos têm acesso a justiça e os que mais precisam efetivamente das políticas públicas de saúde, os mais necessitados. Além do que, recursos que o Poder Público utilizaria em programas de abrangência universal são realocados para o produto da judicialização.

Machado (2018, p.779) leciona que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde deve ser em caráter excepcional e deve “focar na natureza coletiva dos direitos materializados através de políticas públicas”, não podendo este se esquivar de diálogos com os demais Poderes e com a sociedade e decidir unilateralmente.

Da forma como vem sendo conduzida, a judicialização da saúde não resolverá o problema de acesso, financiamento e qualidade do Sistema Único de Saúde. Ao contrário, cria dificuldades no funcionamento deste, quebrando a equidade e o enfraquecendo.

Em posição contrária, Lessa; Martini (2017, p.20) afirmam que “o erro não está na atuação do Poder Judiciário, mas na inércia dos outros poderes de executarem as políticas públicas efetivas que garantem o bem-estar social e que defendam o interesse público”. Afirmam, ainda, que “o Judiciário surgiu como alternativa de resolução da dificuldade.”

O SUS é uma realidade, mas a luta pela construção de um sistema de saúde justo e igualitário, concretizando o preconizado no texto constitucional de 1988 ainda não se encerrou. (MATTOS, 2009, p. 46)

Barroso (2007, pág. 03) afirma que “o sistema começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”, em face de “decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos não razoáveis, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa”.

Afirma, ainda, que (2007, p. 03) “não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento”. Que “tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional”, colocando em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, o próprio Sistema Único de Saúde – SUS e “a não realização prática da Constituição Federal”.

Não se trata de privilegiar recursos orçamentários ao direito à vida, mas de garantir que as políticas públicas permaneçam universais e equânimes, e de evitar a falência do Sistema Único de Saúde.

“Nenhuma política pública onerosa, garantidora de direitos que custam, que implicam em obrigações positivas do Estado, poderá ser tido como absoluta, sem que se voltem os olhos para o orçamento público, defende Santos (2006, p. 01). Acrescenta, ainda, que visualizar o SUS sem regulamentação, planejamento, recursos financeiros, limites, é uma utopia que poderá levar a sua falência. (SANTOS, 2006, p. 03)

Holmes e Sunstein (2000, p. 24) afirmam que

“although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture.”²⁹

Afirmam, ainda, (2000, p. 15) “rights cost money”³⁰ e (2000, p. 97 e 98) “nothing that costs money can be absolute. [...] Rights are relative, not absolute claims”³¹.

Silva e Shulman (2017, p. 293) defendem que o conflito de interesses na judicialização da saúde precisa ser equalizado, facilitando a resolução para ambos os lados. Defendem, ainda, que é preciso refletir sobre limites e possibilidades visando a não judicialização da saúde. Afirmam que “o enfrentamento conjunto é necessário, sem descabidas resistências, para se alcançar caminho adequado, coerente e justo para que se concretize o ordenamento do art. 196 do texto constitucional”.

Neste cenário, Weichert (2010, p. 122) afirma que

o sistema público de saúde deve se proteger da ingerência das indústrias farmacêuticas e de insumos, as quais tentam - em diversos casos - impor incorporações de novas tecnologias e esquemas terapêuticos sem comprovada eficiência ou utilidade, lastreados em estudos ainda não maduros ou realizados sem a devida imparcialidade.

²⁹“Embora o custo dos direitos deva ser um truismo, soa como um paradoxo, uma ofensa a boas maneiras, ou talvez até uma ameaça à preservação dos direitos. Determinar que um direito tem custos é confessar que temos que desistir de algo para adquiri-lo ou protegê-lo. Ignorar custos é deixar compensações dolorosas convenientemente fora da imagem” (Tradução nossa)

³⁰“diretos custam dinheiro” (Tradução nossa)

³¹“nada que custa dinheiro pode ser absoluto. [...] Direitos são reivindicações relativas, não absolutas”. (Tradução nossa)

Thaler (2015, p. 15) defende que “we rarely allow any identified life to be extinguished solely for the lack of money. But of course thousands of unidentified people die every day for lack of simple things like mosquito nets, vaccines, or clean water”³²

O Poder Judiciário não pode decidir somente sob o efeito da vida identificada, ou seja, o tutelado, mas se faz necessária uma reflexão sobre o impacto desta decisão para a coletividade, o custo benefício, a efetividade de sua decisão.

Machado (2019, p. 12) leciona que as decisões devem ser fundamentadas com conhecimento de outras áreas como “economia, políticas públicas e regulação de atividades econômicas ou de serviços públicos delegados a particulares, a fim de que as deliberações sejam aptas a promover os valores constitucionais.”

Inobstante isso, não se deve conduzir a atuação estatal à pretensão do paciente ou à exclusiva opinião do médico que assiste o usuário sem que haja uma avaliação técnica de sua verdadeira efetividade, ou seja, sem análise em evidências clínicas.

O Judiciário vem ferindo esses protocolos, criando um sistema diverso do existente e por vezes, injusto, no intuito de fazer justiça de forma imediata. Liminarmente, confere direitos ao suplicante, exaurindo a demanda processual, sem oportunizar o contraditório ao Estado, baseado em provas produzidas unilateralmente pelo demandante, que na maioria das vezes, reduzem-se em um relatório e uma prescrição médica. Com essa decisão o Judiciário realoca, sem conhecimento do planejamento e necessidades do sistema de saúde, recursos para atender ao produto desta judicialização, sem criar fontes de custeio. Impacta negativamente todo o sistema, por não avaliar sua decisão judicial como uma forma de atender a todos isonomicamente, mas a um indivíduo, que por vezes, utiliza o Judiciário como porta de entrada ao Sistema Único de Saúde, burlando a fila existente, sem urgência ou emergência, ou para concretizar um tratamento não dispensado pelo seu plano de saúde privado. Não é rara a existência de petições iniciais munidas de relatório, orçamento do médico e hospital particular e solicitação para sejam pagos pelo SUS.

Cardoso (2017, p.136 e 137) sustenta que

nenhum juiz aceita a culpa de ter decidido pela morte de quem não viu, decorrente de negativas de tratamento, embora suporte, de bom grado, a culpa abstrata e difusa por eventual morte decorrente do mal funcionamento do sistema, não atribuível isoladamente a ele, mas ocorrida longe de sua consciência, longe de sua visão, longe de seus

³²“raramente permitimos que uma vida identificada seja extinta apenas pela falta de dinheiro. Mas milhares de pessoas não identificadas morrem todos os dias por falta de coisas simples, como mosquiteiros, vacinas ou água limpa.” (Tradução nossa)

processos judiciais. A morte e o caos administrativo que não estão nos autos, também não estarão no mundo. O juiz de primeiro grau, servindo-se unicamente da linguagem da evidência, com sua vontade alucinada de fazer justiça – no visível – produzirá ainda mais injustiça – no invisível.

Os pré-conceitos de falta, baixa qualidade, de ineficiência do serviço público e de não limite para a concessão de direitos na esfera da saúde estão tão enraizados, que, por vezes, essa “evidência”, em que pese não tenha sido provada no processo, é utilizada como prova para a concessão do direito. (CARDOSO, 2017, p. 136)

Os juízes de primeiro grau, em sua maioria, acreditam tão veemente nessa inverdade e nas prescrições médicas inseridas isoladamente nos processos judiciais, ao ponto de não buscarem informações acerca dos fármacos ou tratamentos requeridos e das alternativas oferecidos pelo Poder Público.

Gadamer (1999, p. 403), em seu estudo sobre a hermenêutica, defende que a interpretação é um círculo sem fim em que se agrega fatos, o círculo hermenêutico, apresentando o pré-conceito como um fator importante para a hermenêutica, já que a pré-compreensão deve ser submetida à análise, o que demandará uma nova compreensão. Mas essa pré-compreensão não pode ser absoluta, imutável. Ele explica que “a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrarias”. Defende que o intérprete não deve se dirigir diretamente ao texto a partir da opinião prévia, mas que deve examinar a legitimidade de tais opiniões, quanto à sua origem e validade.

Para ele (1999, p. 405 e 406) para se compreender um texto, tem que se mostrar receptivo, desde o princípio, o que não significa neutralidade ou auto-anulamento, mas é ter consciência de suas próprias antecipações, possibilitando confrontá-lo com suas próprias opiniões prévias, ou seja, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta das próprias coisas.

Deve haver liberdade desse círculo fechado das ideias prévias, mantendo um constante estudo dos fatos.

Vários fatores devem ser considerados no julgamento de processos judiciais relacionados à saúde como a influência da indústria farmacêutica, os limites para a concessão, a teoria do custo dos direitos, o impacto no direito coletivo à saúde, o controle da atuação dos profissionais na área de saúde, a evidência científica do resultado útil do tratamento/medicamento requerido, a economia, entre outros. A análise quanto ao tema saúde

pública não pode ser unicamente jurídica, já que questões de ordem pública, econômica e social estão diretamente envolvidas.

Além disso, como todo e qualquer direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto, não podendo ser exercido em detrimento da ordem pública ou do desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BUÍSSA; BEVILACQUA; MOREIRA, 2018, p. 32)

É possível compatibilizar as duas dimensões do direito à saúde, tal como previsto pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O próximo capítulo fará uma análise mais aprofundada sobre a técnica da ponderação de interesses como solução ao conflito do direito público primário, individual e coletivo, retratando a nova acepção dada ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a perspectiva da teoria da economia comportamental e a análise da economia do direito sobre o problema visualizado.

2. COMPATIBILIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL À SAÚDE E O DIREITO COLETIVO.

Com o fenômeno da Constitucionalização do Direito, a Constituição Federal passa a ser a norma orientadora de toda a ordem jurídica. Todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir dos institutos constitucionais, de modo a concretizar os valores lá consagrados.

Com a Constitucionalização do Direito Administrativo e a incidência dos princípios constitucionais, edificada no fundamento da dignidade da pessoa humana, houve uma alteração das relações entre a Administração e o administrado. O administrador passou a estar vinculado primordialmente à Constituição Federal.

Nesta ordem de ideias, passa-se, assim, a uma nova interpretação do princípio ou regra constitucional da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

É incompatível com os ditames constitucionais da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) que haja uma supremacia absoluta do direito público secundário em relação ao interesse público primário. Igualmente incompatível, a supremacia abstrata do interesse público primário individual em detrimento ao coletivo. Quando em colisão, defendem várias juristas, a utilização da técnica da ponderação dos direitos, pois numa sociedade democrática, ambas as dimensões, pública e privada, são importantes para a consagração do fundamento da dignidade da pessoa humana. Uma sociedade pautada no Estado Democrático de Direito é conflitante com o totalitarismo, onde o interesse público secundário abstratamente prevalece, realidade contrária ao exercício dos direitos fundamentais, mas, da mesma forma vai de encontro à desvalorização total dos interesses públicos coletivos em face dos particulares, principalmente diante de uma Constituição social e fraterna como a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Desta forma, relacionando ao objeto de pesquisa neste estudo, quando em colisão o direito coletivo à saúde, ou seja, o direito de todos ao funcionamento do sistema público de saúde, consagrado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) pelo Sistema Único de Saúde, agora e no futuro, com o direito fundamental individual à saúde, tema abordado no capítulo anterior, passível a utilização da técnica da ponderação constitucional dos interesses.

Honório (2006, p.153 e 154) explica que a ponderação é inevitável, pois o “balanço dos interesses em jogo determinará o que o Judiciário pode oferecer”.

A possibilidade do uso da técnica da ponderação parte do pressuposto de que os direitos fundamentais não são absolutos. Tal preceito é defendido majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência, no Brasil, e no direito comparado. (Sarmiento, 2005, p. 79-81)

Aragão (2005, p. 16) acrescenta que o problema da colisão dos interesses ganha complexidade quando há o confronto entre o interesse público primário através de um direito, meta coletiva, e o interesse público primário individual, através de um direito fundamental. Defende, ainda, (2005, p. 16) que “na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros, a dignidade humana e a razão pública”.

Para este jurista o uso da razão relaciona-se a afastar dogmas ideológicos ou religiosos e utilizar somente argumentos reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais. “Para que um direito fundamental seja restringido, em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos”. (ARAGÃO, 2005, p. 16)

O outro parâmetro defendido por Aragão (2005, p. 17) para solucionar a colisão em análise, é o princípio da dignidade humana. Para ele, seguindo o pensamento Kantiano, cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, evitando, assim, que o indivíduo seja meio para a realização de metas coletivas ou individuais.

Sarmiento (2005, p. 52-72) defende que deve haver uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada no princípio da proporcionalidade modulada pela concepção personalista. Defende que a prioridade absoluta do coletivo sobre o individual, através da teoria do organicismo, acaba asfixiando a individualidade, a liberdade humana, incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito. Incompatível, portanto, com os ditames da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Da mesma forma conflitante a teoria utilitarista com o Princípio da dignidade da pessoa humana, vez que os direitos fundamentais devem ser protegidos mesmo quando contrariem os interesses da maioria dos membros da coletividade. Semelhantemente, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) também se opõe a teoria individualista, já que se constitui uma Constituição social, com um grande elenco de direitos sociais, sendo a igualdade uma meta a ser perseguida pelo Estado. Afirma (2005, p. 72) que “a visão individualista, que atribui primazia incondicional aos direitos individuais sobre os interesses coletivos, não se sustenta na ordem constitucional brasileira”.

Nesta mesma linha, Machado (2018, p. 785) afirma que no constitucionalismo fraterno, o constitucionalismo contemporâneo, a visão utilitarista, individualista, dos direitos

fundamentais sociais deve ser afastada para alcançar a dimensão fraternal relacionada à justiça comutativa, para proporcionar a justiça social, que indica, entre outros pontos, a elaboração e execução de políticas públicas voltadas à inclusão social, proporcionando a efetivação da justiça distributiva, um dos objetivos do constitucionalismo fraterno.

Sarmento (2005, p. 78 e 79) defende que a ordem constitucional brasileira se lastreia sobre uma visão personalista, afastando-se tanto do organicismo e do utilitarismo, como do individualismo burguês. Naquela o Estado é o responsável pela promoção e defesa dos direitos fundamentais. Afirma que o personalismo valida a primazia da pessoa humana sobre o Estado, mas também assume a existência de carências humanas materiais que devem ser suportadas pelo Estado. Desta forma, “para o personalismo é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também dos direitos individuais em detrimento aos da coletividade”.

Seguindo o raciocínio apresentado por Sarmento, para haver a limitação dos direitos fundamentais, o interesse público deve estar pautado em um bem jurídico também de envergadura constitucional, com previsão em lei geral, abstrata e suficientemente densa e determinada e a restrição tem que ser compatível com o princípio da proporcionalidade nos seus três desdobramentos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

“O emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”. (SARMENTO, 2005, p. 100).

Desta forma, Sarmento (2005, p. 102 e 103) defende que a ordem constitucional brasileira se notabiliza pela defesa dos direitos fundamentais, erigidos em cláusulas pétreas, despontando na tábua de valores constitucionais, com absoluto destaque e centralidade. Assim, na linha de precedência *prima facie*, destacam-se os direitos fundamentais individuais. Entretanto, argumenta que o interesse público pode prevalecer diante do direito fundamental, após o exame pautado no princípio da proporcionalidade.

Binenbojm (2005, p. 156) defende que “para um privilégio instituído em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo” é necessário que “a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição Federal ou pela lei”; “a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares” deve ser no limite do necessário para viabilizar “o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou Lei” e o

sacrifício imposto ao particular deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, “custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo”.

Binembojm (2005, p. 163) acrescenta que tanto é possível a utilização da técnica da ponderação entre interesses individuais e coletivos, na Constituição atual (BRASIL, 1988), que o próprio constituinte antecipou como os conflitos devem ser tratados em alguns casos. Cita, para tanto, o conflito existente e solucionado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), entre o direito de propriedade e o interesse da coletividade em ver realizadas determinadas obras públicas ou em serem realizados determinados serviços públicos, cuja execução dependa da expropriação de bens particulares. Desta forma, há uma acomodação entre os dois direitos. De forma análoga, em caso de solicitação de um tratamento ou medicamento de alto custo que comprometeria o orçamento destinado a políticas públicas para a área de saúde, é ofertado o tratamento previsto pelo SUS através da RENAME e RENASES, tratamento escolhido tendo por base avaliações técnicas, qualidade do tratamento, orçamento público e necessidade da população, através do controle social e participação administrativa dos Conselhos de Saúde na CONITEC.

Nesta mesma linha de ideias, Novais (2006, p. 51) acrescenta que

“quando o legislador constituinte consagra um direito fundamental com um elevado grau de indeterminação e generalidade, não pode, em seguida, prever, enumerar e regular exaustivamente todas as incontáveis e hipotéticas situações da vida real em que o bem protegido pelo direito fundamental pode vir a ser desvantajosamente afetado por razões de incompatibilidade com a necessidade de proteger outros bens ou interesses igualmente dignos de proteção.”

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) admite a restrição a direitos fundamentais como condição de subsistência de outros direitos e interesses, individuais e coletivos (BINEMBOJM, 2005, p. 163). O direito fundamental coletivo à saúde representado pela sobrevivência do SUS é um direito de interesse coletivo e individual.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) não realiza todos os juízos de ponderação postos ao administrador ou ao Judiciário de interesses conflitantes. Caberá a eles, através do princípio da proporcionalidade, nas suas etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita, encontrar o caminho.

Em relação ao conflito em apreço, o administrador e o próprio legislador seguindo os novos parâmetros instituídos pela Constitucionalização do Direito Administrativo, através da preferência do uso da participação administrativa, consulta públicas, nas escolhas discricionárias, instituiu o Conselho Nacional de Saúde e a participação técnica através dos

Conselhos Federais, COSEMS, CONASS, na escolha dos tratamentos e medicamentos previstos na RENAME, RENASES.

Nesta mesma linha de pensamento, Novais (2006, p. 49 e 50) explica que “a regra geral é de que todos os direitos fundamentais são limitáveis”, não havendo direitos absolutos, posto que todos os direitos possam ter de ceder, dependendo “das circunstâncias concretas do caso e dos valores e bens dignos de proteção que lhes oponham”. “Os direitos fundamentais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, iminentemente dotados de uma reserva geral de ponderação”. Explica, ainda, (2006, p. 51) que mesmo o direito à vida pode ter de ceder perante outros direitos com um peso maior, como o direito de outros à vida, segurança do Estado e da comunidade, entre outros.

Para ele (2006, p. 58), “qualquer direito fundamental cede, e deve ceder, quando nas circunstâncias do caso concreto há outro valor, bem ou princípio que apresente maior peso que o interesse jusfundamental”.

Coase (2010, p. 20) explica que “(...) a person may plaintiff may be required to accept some not unreasonable discomfort for the general good”.³³

Coase (2010, p. 43) afirma, ainda, que não se vive em um mundo ideal, então uma abordagem melhor seria analisar os efeitos da uma mudança na política proposta e tentar decidir se a nova situação seria, no total, melhor ou pior do que a original.

“(...) the whole discussion is largely irrelevant for questions of economic policy since whatever we may have in mind as our ideal world, it is clear that we have not yet discovered how to get to it from where we are. A better approach would seem to be to start our analysis with a situation approximating that which actually exists, to examine the effects of a proposed policy change and to attempt to decide whether the new situation would be, in total, better or worse than the original one.”³⁴

Assim, o SUS é um avanço histórico e deve ser defendido diante da importância representada para a saúde pública brasileira. A interpretação de que cabe ao Estado a prestação irrestrita de qualquer serviço de saúde requerido, sem limites, principalmente diante da

³³“(...) uma pessoa pode ser requerida a aceitar algum desconforto não razoável para o bem geral”. (tradução nossa)

³⁴“(...) toda a discussão é em grande parte irrelevante para questões de política econômica, pois, seja o que for que tenhamos em mente como nosso mundo ideal, fica claro que ainda não descobrimos como chegar a ele de onde estamos. Uma abordagem melhor seria iniciar nossa análise com uma situação aproximada da que realmente existe, examinar os efeitos de uma mudança de política proposta e tentar decidir se a nova situação seria, no total, melhor ou pior do que o original. (tradução nossa)

dimensão continental do país, contemplando um grande número de programas, deve ser repensado.

Como já visto, o SUS é regido pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade. Foge dos objetivos do Sistema Único de Saúde e do que dispõe a CF de 1988 (BRASIL, 1988), uma prestação de saúde não acessível a todos e não igualitária.

E para essa efetivação do direito à saúde, através do SUS, além da existência de políticas públicas, ela depende de uma gestão eficiente e da disponibilidade de recursos financeiros. Ou seja, de acordo com Rêgo (2017, p. 52) são três os pontos elementares que definem a garantia de saúde de forma digna: lei, execução e recursos disponíveis. Se houver ausência de qualquer um deles, há um desequilíbrio do sistema sanitário nacional.

Nesta seara de ideias, Rafael José Nadim de Lazari, ao falar sobre constitucionalismo do futuro, também chamado de constitucionalismo vindouro ou constitucionalismo do por vir, projeção do que haverá após o neoconstitucionalismo, leciona (2011, p. 98) que este teria sete valores fundamentais supremos: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação da sociedade na política, integração e universalização dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo.

Por verdade, Lazari (2011, p. 99) explica ser a preocupação acerca da exequibilidade das promessas do Constituinte. “Seria o desvencilhamento, do Texto Constitucional, de tudo aquilo que pode constituir mera carta de intenções, elaborada sem qualquer fundamento ou cientificidade”, respeitadas as regras mínimas de direitos fundamentais. Ou seja, das normas inalcançáveis pelo Estado.

Lazari (2011, p. 100) descreve que nesta característica visualiza-se um acoplamento entre os constitucionalismos moderno e contemporâneo, ao institucionalizar a reserva do possível³⁵ como limitador dos preceitos constitucionais, salvaguardando o mínimo existencial.³⁶

³⁵ Olsen (2012, p. 178 e 182) relata que a primeira vez que a teoria da reserva do possível foi tratada nos tribunais, foi na Alemanha, em 1970, numa discussão a respeito de vagas nas universidades, e a razoabilidade de se exigir do Estado uma vaga para cada cidadão interessado em um curso superior. No Brasil, passou a ser objeto de discussão a partir da década de 1990 e costuma estar relacionada com a necessidade de se adequar às pretensões sociais com as reservas orçamentárias, bem como a real disponibilidade de recursos.

³⁶ Ao explicar as demais características (2011, p. 100-103) Lazari entende por solidariedade, a solidariedade entre os povos, a necessidade de implementação expressa desta dimensão fraterna nas Constituições e clamor à cooperação, tolerância e redução de desigualdades. Por consenso, a não necessidade de absoluta aprovação e sim a da maioria. Ou seja, “pressupõe a manutenção da inquebrantabilidade da ordem democrática, com a adesão solidária da parte que consentiu, consensualmente, em prol de um interesse maior”. A continuidade se perfaz na necessidade de uma

Assim, essa teoria do constitucionalismo do futuro já visualiza a impossibilidade de se conceder tudo a todos a todo tempo, ou seja, de visualizar essa primazia absoluta dos direitos fundamentais, sem considerar outros fatores, como o custo dos direitos, ou seja, sua exequibilidade. Esse pensamento será mais bem abordado na próxima sessão através da análise econômica do direito.

2.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: JUSTIÇA SOCIAL

Como visto nos capítulos anteriores, o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito tem o dever de proteger e conferir efetividade às normas constitucionais, tendo como centro do Ordenamento Jurídico o ser humano, devendo os poderes estatais buscarem a garantia de sua dignidade, através do mínimo existencial.

Assim, não se trata de excesso de judicialização, quando o Poder Judiciário é chamado a intervir, nos casos de inobservância dos preceitos da Constituição, ou omissão dos Poderes.

Ocorre que, no julgamento dos processos relacionados à saúde, vários fatores devem ser considerados, como a influência da indústria farmacêutica, os limites para a concessão, a teoria do custo dos direitos, o impacto no direito coletivo à saúde, o controle da atuação dos profissionais na área de saúde, a evidência científica do resultado útil do tratamento/medicamento requerido, a economia, entre outros. A análise quanto ao tema saúde pública não pode ser unicamente jurídica, já que questões de ordem pública, econômica e social estão diretamente envolvidas.

Machado (2019, p.16) argumenta que questão controvertida que tem gerado polêmica tanto do ponto de vista político, como jurídico e econômico, é a intervenção jurisdicional no orçamento por via indireta, “através de decisões judiciais que determinam realocação de recursos para cumprimento de obrigação de fazer, sob o fundamento da aplicabilidade direta e imediata de direitos fundamentais sociais.”

Constituição respeitar a história do país e, por conseguinte, das pessoas que a construíram, e o respeito aos direitos já consagrados, buscando sempre aperfeiçoá-los e nunca os piorar. Por participação, entende-se a necessidade participação da sociedade na política, com direito não só de voto, mas de voz. Por integração, entende-se a comunhão entre os povos, com o estreitamento das relações. E a universalização dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo como última característica.

Nunes (2011, p. 36) relata que a vinculação à Constituição trazida pelo Estado democrático de direito, também vincula o Poder Judiciário, que não pode alterar a lei do orçamento, de legitimidade do Poder Legislativo. Como também, não pode o Poder Executivo alterá-la para cumprir uma decisão judicial. “Nem o Poder Judiciário nem o Poder Executivo podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo”.

Ou seja, decisões judiciais tomadas sem considerar circunstâncias fáticas como a escassez de recursos, o subfinanciamento do SUS, lei orçamentária em vigor, as políticas públicas em andamento, ocasionam realocação de recursos públicos.

Coase (2010, p.02) relata que “It is my contention that the suggested courses of action are inappropriate, in that they lead to results which are not necessarily, or even usually, desirable”.³⁷

Em seu artigo “The problem of social cost”³⁸, Coase (2010, p. 02) exemplificando o problema em discussão, ou seja, a natureza da escolha do valor do que é obtido e o valor do que é sacrificado para obtê-lo, cita o exemplo de um gado que destrói lavouras nas terras vizinhas. Se for inevitável que o gado se desvie, um aumento na oferta da carne só pode ser obtido às custas de uma diminuição no suprimento de culturas. A natureza da escolha é clara: carne ou plantações. Qual a resposta deve ser dada? Obviamente, não é clara, a menos que se conheça o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo. Outro exemplo citado foi sobre a contaminação de um riacho. Se o efeito nocivo da poluição é que mata o peixe, a questão a ser decidida é: o valor do peixe perdido é maior ou menor que o valor do produto que a contaminação do rio possibilita?

“The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm. (...) Another example is afforded by the problem of straying cattle which destroy crops on neighbouring land. If it is inevitable that some cattle will stray, an increase in the supply of meat can only be obtained at the expense of a decrease in the supply of crops. The nature of the choice is clear: meat or crops. What answer should be given is, of course, not clear unless we know the value of what is obtained as well as the value of what is sacrificed to obtain it. To give

³⁷É minha opinião que os cursos de ação sugeridos são inapropriados, pois levam a resultados que não são necessariamente, ou mesmo geralmente, desejáveis. (tradução nossa)

³⁸O problema do custo social (tradução nossa)

another example, Professor George J. Stigler instances the contamination of a stream. If we assume that the harmful effect of the pollution is that it kills the fish, the question to be decided is: is the value of the fish lost greater or less than the value of the product which the contamination of the stream makes possible”.³⁹

Da mesma forma, como é realisticamente impossível, em qualquer sistema econômico e político conceder infinitamente tudo a todos a qualquer tempo, ou seja, os direitos sociais possuem custos e financiamento limitado, deve-se fazer uma escolha. Deverão prevalecer os requerimentos individuais de concessão de medicamentos e tratamentos na forma como vem sendo operacionalizada a judicialização à saúde atualmente, ou à manutenção do sistema de saúde público, o SUS, com vários serviços disponibilizados, como serviços epidemiológicos, ambientais, vigilância sanitária, hospitalar, prevenção, saúde básica e também de concessão de medicamentos e tratamentos? Deverão prevalecer os requerimentos individuais de concessão de medicamentos e tratamentos na forma como vem sendo operacionalizada a judicialização à saúde atualmente, atendendo unicamente pessoas isoladas ou deverá prevalecer a concessão de medicamentos ou tratamentos à toda a população, através da RENAME e RENASES, respeitando a igualdade? Como leciona Coase a solução é assumir que existem perdas e ganhos e decidir o que é mais importante, o que é obtido ou o que é sacrificado para obtê-lo.

Sen (2009, p. 56) ao falar sobre a justiça, em seu livro “A ideia de Justiça” e a importância do uso da razão e por consequência da investigação intelectual, relata que “algumas pessoas se convencem com excessiva facilidade de seus próprios argumentos e ignoram os contra-argumentos e outras razões que possam levar a conclusões opostas”. Essa “certeza precipitada e mal fundamentada” se distancia do papel da razão na busca do comportamento justo. Não se deve dar uma “incondicional palavra final” a esses instintos não analisados.

Coase (2010, p.44) ainda explica que

³⁹“A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A pergunta é comumente considerada como aquela em que A causa dano a B e o que deve ser decidido é: como devemos restringir A? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o dano a B infligiria dano a A. A verdadeira questão que precisa ser decidida é: A deve poder prejudicar B ou B deve prejudicar A? O problema é evitar os danos mais graves. (...) Outro exemplo é o problema do gado que destrói as lavouras nas terras vizinhas. Se é inevitável que algum gado se desvie, um aumento na oferta de carne só pode ser obtido às custas de uma diminuição no suprimento de culturas. A natureza da escolha é clara: carne ou plantações. Qual resposta deve ser dada, obviamente, não é clara, a menos que conheçamos o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo. Para dar outro exemplo, o professor George J. Stigler registra a contaminação de um riacho. Se assumirmos que o efeito nocivo da poluição é que mata o peixe, a questão a ser decidida é: o valor do peixe perdido é maior ou menor que o valor do produto que a contaminação do fluxo possibilita.” (tradução nossa)

“(…) in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect.”⁴⁰

Além da impossibilidade de conceder tudo a todos a qualquer tempo, ou seja, escassez de recursos por finitude do orçamento, existe outro fator que também deve ser explanado, o subfinanciamento do SUS.

O subfinanciamento do SUS data de sua criação, representando a falta de recursos no sistema de saúde brasileiro, sendo agravado nos últimos anos. Ele é fruto de um sistema tributário complexo, com alta carga de imposto, mas com financiamento insuficiente destinado aos serviços públicos, proporcionando sua má qualidade bem como a má distribuição de competências entre a União, Estados e Municípios e os recursos destinados. Percentualmente, a carga tributária brasileira vem aumentando expressivamente, mas o gasto federal em saúde não cresceu proporcionalmente.

Essa discrepância pode ser visualizada na tabela⁴¹ em destaque, onde é representada a receita corrente bruta da União (RCB) e o gasto em saúde. Em 1995, os gastos federais em saúde totalizaram 11,72% da receita corrente da União. Em 2011, esse percentual ficou em 7,3%.

Não há como disponibilizar uma assistência à saúde integral e universal, sem dar a devida prioridade ao seu financiamento. E essa prioridade nunca foi dada, nem no momento de sua criação, tendo sido agravado seu subfinanciamento ao longo das últimas décadas, com legislações que optaram por redução de recursos destinados ao SUS, em destaque, a EC nº 86/2015, que definiu que a participação do governo federal na saúde seria calculada com base na receita corrente líquida (RCL): 13,2% em 2016; 13,7% em 2017; 14,1% em 2018; 14,5%,

⁴⁰“(…) ao escolher entre arranjos sociais dentro do contexto em que as decisões individuais são tomadas, devemos ter em mente que uma mudança no sistema existente que levará a uma melhoria em algumas decisões pode muito bem levar ao agravamento de outras. Além disso, temos que levar em consideração os custos envolvidos na operação dos vários arranjos sociais (seja o funcionamento de um mercado ou de um departamento governamental), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao conceber e escolher entre arranjos sociais, devemos considerar o efeito total”. (tradução nossa)

⁴¹Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/institucional/breve-historico-do-sub-financiamento-do-sus/1174/>. Acesso em: 15 set. 2019.

em 2019; e 15% a partir de 2020, e a EC n° 95/2016, que alterou o regime fiscal e congelou o nível gasto do governo federal por vinte anos.

No momento em que foi criado, na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o SUS equiparou-se a países desenvolvidos em relação ao acesso à saúde de forma igualitária, equânime e universal, mas seu financiamento não acompanhou. Marques (2017, p. 42) afirma que no Brasil “o gasto das três esferas de governo representa apenas 3,9% do PIB (2014), enquanto em países com sistema similar, esse percentual, em média, é de 8%”.

Apesar do subfinanciamento do SUS ser um impedimento ao seu pleno funcionamento, é realisticamente impossível conceder tudo a todos a qualquer tempo.⁴² Não são postos a disponibilidade do Poder Público uma infinidade de recursos para que este, de igual modo, conceda uma infinidade de serviços públicos. Há a necessidade de se estabelecer limites.

Logo, considerar a escassez de recursos como um interesse secundário em detrimento do direito à vida, ou à dignidade da pessoa humana é fugir da realidade, de que é impossível, em qualquer sistema político e econômico, sem limites, conceder a todos, de tudo, a qualquer tempo.⁴³

Stephen Holmes e Cass Sunstein em sua obra *The Cost of Rights* traduzem essa ideia, a dimensão econômica do custo dos direitos. Para eles, todos os direitos implicam despesas públicas. Eles afirmam que (2000, p. 43) “Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. (...) Rights are costly because remedies are costly.”⁴⁴

A satisfação plena de todos os direitos sociais, como saúde, educação, moradia, segurança, previdência, transporte, lazer, entre outros, está vinculada a recursos financeiros oriundos dos impostos. Como a receita é finita, o investimento também será finito, devendo ser

⁴²Abreu Neta (2013, p. 132) elucida que há uma distinção entre a expressão “reserva do possível” e “reserva do financeiramente possível”. Para ela, a teoria da reserva do possível não inclui somente a noção de recursos escassos, mas “todos os eventos materiais ou formais que impedem a concretização dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais”. Enquanto isso, a reserva do financeiramente possível está relacionada, unicamente, a limitação dos recursos financeiros delimitados no orçamento estatal, impondo uma limitação formal.

⁴³De forma contrária, Monteschio (2019, p.119) afirma que “se há na atualidade um levantamento de que bilhões de reais foram desviados dos cofres públicos para abastecer esquemas sofisticados de corrupção é por demais evidente que recursos não faltam ao Brasil, principalmente quando o assunto é saúde pública”.

Silva; Mendes (2018, p. 85) lecionam que a escassez de recursos não pode ser um obstáculo à efetivação do direito à saúde. O Estado deve garantir o exercício desse direito fundamental, uma vida pautada na dignidade da pessoa humana aos cidadãos.

⁴⁴“Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo é uma máxima clássica legal. (...) Os direitos são caros porque as ações de defesa são caras”. (Tradução nossa).

distribuído de modo a atender a todos os direitos. Não há como efetivar direitos, sem haver custos.

Holmes; Sustain (2000, p. 94) explicam que do mesmo jeito que os direitos devem ser levados a sério, os custos devem ser levados a sério, “taking rights seriously means taking scarcity seriously”⁴⁵.

Olsen (2012, p. 187) leciona que partindo da ótica da escassez dos recursos necessários para tornar os direitos efetivos, eles perdem o significado, não passando de “promessas feitas no papel”. Ou seja, o direito só existirá se houver um fluxo orçamentário que o permita.

Stephen Holmes e Cass Sustain demonstram que mesmos os direitos básicos, 1ª dimensão, possuem custos que devem ser sustentados por toda a sociedade, através do sistema tributário. Desta forma, como o orçamento é escasso, os direitos não podem ser absolutos, implicando a realização de escolhas na alocação dos recursos.

São as escolhas trágicas, expressão utilizada por Calabresi e Bobbit⁴⁶, oriundas da escassez de recursos financeiros na tutela dos direitos. Essa escolha espelha os valores da sociedade, salienta Galdino (2002, p. 187)

Globerkner (2017, p. 123) afirma que a consequência lógica da escassez de recursos é a de que fatalmente se preterirá projetos ou objetivos em detrimento de outros, determinando quais necessidades humanas serão atendidas e quais não serão. “Sempre que houver consciência desse processo atributivo de recursos a seus fins, haverá também a demanda por uma decisão alocativa”.

Galdino (2002, p. 188) afirma que considerando que o Estado é indispensável para a efetivação de direitos, e que ele só funciona conforme as contingências de recursos captados por meio da sociedade, conclui-se que “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”. Os custos são indispensáveis à caracterização dos direitos. “Os custos influem sobre a própria conceituação dos direitos”.

Conforme Olsen (2012, p. 187) “realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não”.

Desta forma, embora os custos não sejam o único fato a ser analisado nas decisões judiciais, também não devem ser desconsiderados, como vem acontecendo.

⁴⁵“Levar os direitos a sério significa levar escassez a sério”. (Tradução nossa).

⁴⁶CALABRESI, Guido; BOBBITT Philip. Tragic choices. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

E não porque alguns direitos estão sendo abandonados ou o orçamento é insuficiente, mas porque não há como dar de tudo a todos a todo tempo, devendo haver as escolhas trágicas, informa Galdino (2002, p. 214).

E dentro do direito à saúde, como já visto, o SUS é responsável não só pela concessão de tratamentos e medicamentos, mas engloba a atenção básica, média e de alta complexidade, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental. Não considerar o todo, ocasionará a descapitalização e a desorganização das políticas públicas de saúde voltadas para a coletividade.

Nunes (2019, p. 38 e 39) defende que “ao contrário do que parece ser o ponto de vista dos tribunais brasileiros”, as políticas públicas de saúde não podem ser reduzidas somente à concessão de medicamentos e tratamentos, segundo o interesse de cada pessoa que se encontre doente. Mas, essas políticas são complexas, devendo atender o coletivo. É decidir se deve dar prioridade às despesas com as necessidades da coletividade ou as individuais.

Assim, a interdisciplinaridade entre direito e economia, através da análise econômica do direito, *law & economics*, deve ser observada nas decisões judiciais. “E o tema da escassez constitui um dos principais postulados no estudo da análise econômica do direito”, lecionam Silva; Gonçalves (2017, p. 23).

Coase (2010, p. 19) relata que quando as transações de mercado não custam nada, tudo o que importa é que os direitos das partes sejam bem definidos como também os resultados das ações legais fáceis de prever, mas, quando as transações são caras, os Tribunais influenciam diretamente a atividade econômica. Por isso, é prudente que os Tribunais compreendam as consequências econômicas de suas decisões, levando essas consequências em consideração ao tomar suas decisões.

“Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions.”⁴⁷

⁴⁷ “Obviamente, se as transações de mercado não custam nada, tudo o que importa (questões de patrimônio) é que os direitos das várias partes devem ser bem definidos e os resultados de ações legais fáceis de prever. Mas, como vimos, a situação é bem diferente quando as transações de mercado são tão caras que dificultam a alteração da disposição dos direitos estabelecidos pela lei. Nesses casos, os

Os direitos sociais implicam fortes dispêndios e ações por parte do Poder Público, devendo seu estudo estar relacionado com o direito financeiro, sob seus pilares, receitas públicas, gastos públicos e crédito público, e sua aplicação coordenada, orçamento, defende Scaff (2011, p. 82).

Globeckner (2017, p. 123) explica que essa consciência acerca do limite dos recursos orçamentários, ocasionando essas escolhas trágicas, ou seja, quais necessidades humanas serão atendidas e quais serão preteridas, “torna imperioso que tal emprego seja presidido pela racionalidade visando que este resulte na maior economia e na maior eficiência possível dos recursos escassos”.

A análise econômica do direito está relacionada ao uso das ferramentas da economia nas normas jurídicas. Ou seja, interpretar o ordenamento jurídico através de escolhas racionais, compreendendo os efeitos das normas, as consequências indesejáveis ou involuntárias. O foco é o resultado que se pretende obter e os meios necessários para tanto, alocando os recursos da forma mais eficiente possível, prevendo os impactos do direito na economia, afirmam Teixeira; Sinay; Borba (2014, p. 191).

Posner (1998, p. 03) ao explicar a análise econômica do direito, relata que

“It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values”.⁴⁸

Posner (1998, p. 10-11) complementa dizendo que

“the role of economics in moral and political debate is to draw attention to consequences or implications that people ignorant of economics commonly overlooked. What you do with those consequences is your business. The basic job of the economist is to remind us of the consequences (...)”⁴⁹.

tribunais influenciam diretamente a atividade econômica. Parece, portanto, desejável que os tribunais compreendam as consequências econômicas de suas decisões e, na medida do possível, sem criar muita incerteza sobre a própria posição jurídica, leve essas consequências em consideração ao tomar suas decisões”. (Tradução nossa)

⁴⁸“Ela tenta explicar e prever o comportamento dos participantes e das pessoas reguladas por lei. Ela também tenta melhorar a lei apontando as consequências não intencionais ou indesejáveis que as leis existentes ou propostas tem, seja na eficiência econômica ou na distribuição de renda e riqueza, ou outros valores”. (Tradução nossa)

⁴⁹“O papel da economia no debate moral e político é chamar a atenção para as consequências ou implicações que as pessoas que não conhecem a economia geralmente não observam. O que você faz com essas consequências é da sua conta. O trabalho básico do economista é nos lembrar das consequências”. (Tradução nossa)

Dentre alguns conceitos básicos relacionados à teoria econômica do direito, Teixeira; Sinay; Borba (2014, p. 181-131) relacionam a de escassez, que significa dizer que os recursos são finitos. E, sendo finitos, devem ser alocados da melhor forma possível, já que não se pode ter tudo que se quer, quando se quer, e na quantidade que se quer. Deve haver escolhas, trade-offs⁵⁰, sacrifícios, custos de oportunidade. Já a maximização racional acontece quando há uma oportunidade de ganho, após uma análise criteriosa de custo-benefício. A eficiência de Pareto disciplina que só há eficiência se for possível melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de outra. Já a eficiência está relacionada à maximização de riquezas e aos raciocínios de custo benefício de melhor alocação de recursos. O critério de Eficiência de Kaldor-Hicks propõe que haverá eficiência mesmo se a situação for piorada, se possível compensá-la.

Cooter; Ulen (2010, p. 13) afirmam que economistas têm muitas definições distintas sobre eficiência, mas um processo produtivo é eficiente se não é possível gerar a mesma produção usando insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma quantidade de insumos. Ou seja, melhor resultado com o mínimo de desperdício.

“(...) economists have several distinct definitions of efficiency. A production process is said to be productively efficient if either of two conditions holds: 1. It is not possible to produce the same amount of output using a lower-cost combination of inputs, or 2. It is not possible to produce more output using the same combination of inputs.”⁵¹

Como já apresentado, existem diferentes definições de eficiência na teoria da Law and Economics, como a eficiência de Pareto e a de Kaldor-Hicks.

⁵⁰Trade-off é um termo da língua inglesa que indica uma situação de escolha. É uma ação econômica de perda e ganho, implicando a necessidade de uma completa compreensão da perda e do ganho da escolha. É citado como exemplo de um trade-off uma jogada no jogo de damas ou xadrez, onde sacrifica-se uma pedra para a obtenção de outras do seu adversário ou de uma jogada melhor. A teoria do trade off envolve o conceito de custo de oportunidade. O custo de oportunidade é a escolha deixada de lado. Trazendo a teoria para o objeto deste estudo, o trade off é a escolha entre conceder os pedidos individualmente de concessão de medicamento/tratamentos não previstos no RENAME/RENASES ou a sobrevivência do SUS através da concessão de medicamentos/tratamentos previstos no RENAME/RENASES. O custo de oportunidade será a escolha preterida.

⁵¹ “Economistas têm várias definições distintas de eficiência. Um processo de produção é produtivamente eficiente se uma das duas condições se mantiver: 1. não é possível produzir a mesma quantidade de produção usando combinação de insumos de menor custo, ou 2. não é possível produzir mais usando a mesma combinação de insumos”. (Tradução nossa)

Wilfredo Pareto⁵² afirma que há eficiência, eficiência alocativa, se houver a melhora da situação de pelo menos uma pessoa, sem piorar a situação de nenhum outro.

Nicholas Kaldor⁵³ e John Richard Hicks⁵⁴ defendem que há eficiência mesmo com a presença de alguns prejuízos desde que o prejuízo possa ser compensado, mantendo o nível de satisfação.

Seguindo as regras de eficiência tanto de Pareto quanto a de Kaldor-Hicks, a judicialização à saúde, da forma como hoje é aplicada, não é eficiente, pois promove uma melhora na situação de um, promovendo a piora de outros, sem compensação satisfatória.

Cooter; Ulen (2010, p. 14) explicando a teoria da eficiência de Pareto afirmam que

“A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation). For simplicity’s sake, assume that there are only two consumers, Smith and Jones, and two goods, umbrellas and bread. Initially, the goods are distributed between them. Is the allocation Pareto efficient? Yes, if it is impossible to reallocate the bread and umbrellas so as to make either Smith or Jones better off without making the other person worse off”.⁵⁵

Para Cooter; Ulen (2010, p. 14) três conceitos básicos são fundamentais para explicar o comportamento econômico: maximização, equilíbrio e eficiência. Eles não pretendem um resultado, em vez disso, eles simplesmente tentam maximizar o que os interessa. Mas esse comportamento geralmente resulta em equilíbrio, ele empurra os indivíduos para um ponto de descanso.

“There is a vital connection between maximization and equilibrium in microeconomic theory. We characterize the behavior of every individual or group as maximizing something. Maximizing behavior tends to push these individuals and groups toward a point of rest, an equilibrium. They certainly do not intend for an equilibrium to result;

⁵² Wilfredo Pareto foi um cientista, político, sociólogo e economista, nascido na França com pais italianos, tendo contribuído com o desenvolvimento da microeconomia, com a Lei de Pareto.

⁵³ Nicholas Kaldor nasceu em Budapeste em 1908 e faleceu em 1986, tendo contribuído cientificamente com a economia. Suas maiores contribuições são os critérios de compensação, eficiência de Kaldor-Hicks, derivado do modelo de teia de aranha e as leis de crescimento de Kaldor.

⁵⁴ John Richards Hicks nasceu em 1904 e morreu em 1989, é um economista britânico, tendo contribuído com quatro inovações para a economia: a ideia de elasticidade da substituição, o modelo IS-LM, a obra *Value and Capital* e o teste de compensação.

⁵⁵ “Uma situação particular é dita ser Pareto ou alocativamente eficiente se for impossível mudá-la para pelo menos melhorar uma pessoa (na sua própria estimativa) sem piorar a outra pessoa (de novo, na sua própria estimativa). Por uma questão de simplicidade, suponha que haja apenas dois consumidores, Smith e Jones, e dois produtos, guarda-chuvas e pão. Inicialmente, os produtos são distribuídos entre eles. A alocação de Pareto é eficiente? Sim, se for impossível realocar o pão e os guarda-chuvas para melhorar Smith ou Jones sem piorar a condição do outro”. (Tradução nossa)

instead, they simply try to maximize whatever it is that interests them. Nonetheless, the interaction of maximizing agents usually results in an equilibrium.”⁵⁶

O comportamento de cada indivíduo ou grupo é caracterizado como maximizador. Eles se comportam, em regra, em função da maximização daquilo a que atribuem o valor de utilidade. A partir desse paradigma, o comportamento previsível das empresas é a maximização dos lucros, do ativista ambiental, a preservação do meio ambiente, do fisco, a arrecadação de recursos. Para isso, o agente promove um plano de eficiência para a satisfação do que almeja.

Teixeira; Sinay; Borba (2014, p. 192-194) citam duas como as principais escolas da análise econômica do direito: a escola de Chigaco e a escola de Yale, tendo como principal representante da escola de Chicago, Richard Posner, e a de Yale, Guido Calabresi.

Santos Filho (2016, p. 217) cita que houve diversos marcos teóricos para a construção e desenvolvimento da teoria da análise econômica do direito, como a Escola de Chicago, a Nova Escola Institucional, a escola Public Choise e a Escola dos Estudos Jurídicos Críticos, tendo surgido a primeira escola na Universidade de Chicago e sendo, Richard Posner, o teórico que impulsionou a disciplina law and economics, fazendo relação entre a ideia utilitarista com a maximização da riqueza. A Nova Escola Institucional, Property Rights, tem como principais teóricos Ronald Coase, Harold Demsetz, Henry Manne, Eirik G. Furubotn e Svetozar Pejovich e Yoram Barzel, tratando o direito de propriedade sob os parâmetros econômicos. A Public Choise relaciona temas de caráter político com a ciência política.

De acordo com Teixeira; Sinay; Borba (2014, p. 195 e 196) a análise econômica do direito pode ser dividida em duas vertentes: a positiva e a normativa. A vertente positiva define que o objetivo da análise econômica do direito é descrever o comportamento humano diante de uma ou mais normas postas, ou seja, quais os efeitos práticos. Já a normativa, considera que a justiça está relacionada à eficiência.

A economia do setor público está alicerçada em questões normativas e positivas. Está relacionada a uma avaliação de eficiência e equilíbrio das políticas públicas e uma análise do

⁵⁶ ”Existe uma conexão vital entre maximização e equilíbrio na teoria microeconômica. Nós caracterizamos o comportamento de cada indivíduo ou grupo como algo maximizador. Maximizar o comportamento tende a empurrar esses indivíduos e grupos para um ponto de descanso, um equilíbrio. Eles certamente não pretendem um resultado; em vez disso, eles simplesmente tentam maximizar o que lhes interessa. No entanto, a interação dos agentes maximizadores geralmente resulta em equilíbrio”. (Tradução nossa)

processo por meio do qual as decisões são efetivamente tomadas, ou seja, o estudo das causas e consequências de toda forma de ação do governo.

Teixeira; Sinay; Borba (2014, p. 197-201) apresenta como exemplo uma ação buscando a condenação do Poder Público a conceder um medicamento de alto custo não listado na RENAME. Nesta, o Poder Público foi condenado ao fornecimento do medicamento, com o argumento de que o direito a saúde é universal, constitucional e que o argumento sobre o custo do medicamento e ausência de recursos devem ser afastados, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa humana. Para os autores, na concepção da análise econômica do direito, essa decisão não seria a mais eficiente, pois o custo do medicamento impacta o orçamento do Estado e atende a apenas uma pessoa em detrimento de milhares que sofrem nas filas dos postos de saúde e hospitais públicos. Logo, a tese do Poder Público aproxima-se mais dos argumentos consequencialistas propostos pela análise econômica do direito, tendo em vista que, a decisão judicial deve buscar uma solução que seja mais eficiente e não, simplesmente, impor uma obrigação de fazer sem considerar as consequências dessa decisão.

Neste sentido, Teixeira; Sinay; Borba (2014, p. 218 e 219) analisam que a harmonização entre a análise econômica do direito no nosso ordenamento jurídico é tarefa árdua, tendo em vista que este, seguindo a escola do direito civil-constitucional, enxerga o direito como um instrumento promovedor da dignidade humana e dos demais valores constitucionais, enquanto que aquele visa as consequências.

Ocorre que, ao analisar a consequência das decisões judiciais relacionadas ao direito a saúde, como custo do direito, orçamento, benefício, não está indo de encontro ao preceituado pela nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ao contrário, a CF/1988 (BRASIL, 1988) é uma constituição social, sendo a igualdade uma meta a ser perseguida pelo Estado. Assim, a visão individualista, concedendo primazia aos direitos individuais frente aos coletivos, vai de encontro ao ordenamento constitucional brasileiro, como já visualizado nesse capítulo 02.

Logo, da mesma forma que a Ciência Jurídica e a Hermenêutica se unem na busca da verdade, sem se excluírem, direito e economia “devem ser aliados, convergentes, e não excludentes, na busca da redução da desigualdade e da promoção do desenvolvimento”, defendem Silva; Gonçalves (2017, p. 24).

A teoria econômica do direito é fundamentada no conceito do “homo economicus”, ou seja, que cada indivíduo pensa e toma decisões racionais. Ou seja, ele é analisado apenas no que se refere à racionalidade econômica no binômio consumir e produzir. Ele é aquele que evita trabalho desnecessário, usa o julgamento racional analisa todos os custos de oportunidades

envolvidos na tomada de decisão, ou seja, faz as escolhas mais acertadas, otimizando seus resultados.

Em contraposição a essa visão tradicional, a Teoria da Economia Comportamental indica que na realidade, o processo de decisão é influenciado por diversos fatores além do julgamento racional, como os hábitos, experiência pessoal, influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes.

Na próxima sessão, será aprofundado o estudo acerca da Teoria da Economia Comportamental, analisando as influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes que influenciam o ser humano na tomada de decisões e suas consequências para o mercado, preços, retornos, alocação de recursos, ou seja, o impacto do comportamento.

2.2 A CONTRIBUIÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL NA SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Partindo da teoria clássica econômica, foi desenvolvida a abordagem da economia comportamental, decorrente da incorporação de estudos no campo da psicologia, da neurociência e de outras ciências sociais. É uma reformulação do conceito tradicional.

Ela amplia a abordagem econômica tradicional de que o homem é um tomador de decisão racional, sugerindo que na prática a realidade é diferente, pois o ser humano decide com base em hábitos, experiências pessoais, sendo influenciados por fatores emocionais, culturais, sociais, cognitivos, psicológicos e pelo comportamento dos outros nas decisões econômicas. Ou seja, a racionalidade dos agentes econômicos é limitada, pois é influenciada por diversos fatores, influenciando fortemente suas decisões, indo de encontro à teoria tradicional, que se baseia no “homo economicus”.

O conceito do “homo economicus”, como estudado na sessão 2.1 dessa dissertação, diz que cada indivíduo pensa e toma decisões racionais, ou seja, de forma correta. Para a economia comportamental pessoas reais têm dificuldades de tomar decisões e são influenciadas por diversos fatores. Thaler; Sunstein (2019, p. 15) afirmam que pessoas reais têm dificuldades de fazer divisões complexas sem calculadora, esquecem aniversários, ficam de ressaca... Eles citam o problema da obesidade, que vem crescendo, apesar de existir evidências que a obesidade aumenta o risco de doenças cardíacas e diabetes, levando a uma morte prematura.

Ou seja, não tem como imaginar que essas pessoas que se tornaram obesas escolheram a dieta correta. Esse mesmo exemplo pode ser aplicado com o tabagismo e o alcoolismo. Pessoas obesas, que fumam ou bebem em excesso, na maioria das vezes, querem acabar com esses hábitos, estando dispostas, inclusive, a pagar por ajuda, mas por razões alheias a um comportamento racional, não conseguem acabar com esses hábitos. Desta forma, mostra-se claro e evidente que não só a razão nos guia na tomada de decisões.

A economia comportamental, desta forma, busca estudar o comportamento humano e do mercado a partir desta visão mais realista, analisando as influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes, que influenciam o ser humano na tomada de decisões e suas consequências para o mercado, preços, retornos, alocação de recursos, ou seja, o impacto no comportamento. A ferramenta mais utilizada nesse estudo é o método experimental, pois parte de uma investigação empírica.

Cooter; Ulen (2010, p. 14) afirmam que

“The central insight of behavioral economics is that human beings make predictable errors in judgment, cognition, and decision making. They are, to quote the title of a book on this topic by Dan Ariely, “predictably irrational.” Economic analysis should use rational choice theory or behavioral theory, depending on which one predicts the law’s effects on the behavior more accurately.”⁵⁷

Os cientistas sociais afirmam que o comportamento humano é moldado a partir de dois sistemas distintos: o Sistema Automático e o Sistema Reflexivo. O Sistema Automático é incontrolável, associativo, inconsciente, caracterizado por reações instintivas ao ambiente externo, requerendo pouco ou nenhum esforço cognitivo, dirigido pelo imediatismo e baseado em uma forma de pensar intuitiva, rápida e reativa. Já o Sistema Reflexivo é dedutivo, caracterizado pelo pensamento consciente e baseado em uma forma de pensar racional e controlada, que requer esforço e conhecimento, dirigido por valores.

Thaler; Sustein (2019, p. 23) explicam que o sistema automático é sua reação instintiva e o sistema reflexivo é o pensamento consciente. Os impulsos automáticos, instintivos, podem nos levar a cometer erros por reagir automaticamente.

⁵⁷“O insight central da economia comportamental é que os seres humanos cometem erros previsíveis no julgamento, cognição e tomada de decisão. Eles são, para citar o título de um livro sobre esse tópico de Dan Ariely, “previsivelmente irracional”. A análise econômica deve usar a teoria da escolha racional ou a teoria do comportamento, dependendo de qual predizer os efeitos da lei no comportamento com mais precisão”. (Tradução nossa)

Em seu artigo *Does the stock market overreact?*⁵⁸ Thaler; Bondt (1985, p. 804) afirmam que “pesquisas em psicologia experimental sugerem que a maioria das pessoas reagem exageradamente a eventos inesperados, novos e dramáticos.”⁵⁹ Afirmam (1985, p. 793) que “os investidores se tornam excessivamente pessimistas após uma série de ganho ruins ou outras más notícias”.⁶⁰

Eles sugerem (1985, p.795) duas hipóteses:

“(1) Extreme movements in stock prices will be followed by subsequent price movements in the opposite direction. (2) The more extreme the initial price movement, the greater will be the subsequent adjustment. Both hypotheses imply a violation of weak-form market efficiency”⁶¹

Ou seja, os agentes racionais não são suficientes para garantir um equilíbrio racional das expectativas na economia por conta dos agentes quase-rationais. É importante estudar o efeito da reação exagerada, merecendo atenção, porque representa um princípio comportamental que pode ser explicado em muitos outros contextos.

Descrevendo as contribuições de Richard Thaler sobre a teoria da economia comportamental, Almeida (2017, p. 3) cita a teoria da overreaction, ou seja, “compra ou venda excessiva de ações provocada por uma reação exagerada às notícias recentes (boas ou ruins), produzindo um aumento ou queda exagerados do preço das ações”. Cita, também, as técnicas para estimular o valor da vida a partir da relação salário e risco das várias ocupações. A ideia é que se o mercado de trabalho remunera R\$ X reais a mais para que um trabalhador aceite uma ocupação com um risco adicional de mortalidade de p%, então o valor estatístico da vida é de R\$ X/p. Assim, conclui que “se fosse o valor da vida infinito, faria sentido proibir o uso de veículos, uma política de custos elevados com a qual poucos concordariam”. Assim, deve ser decidido quais políticas públicas merecem ser implementadas.

A teoria da Economia Comportamental é utilizada tanto para explicar nossos comportamentos, o porquê das nossas ações tidas como irracionais, instintivas, tanto para criar nudges, ou seja, um estímulo para a escolha certa, que será abordado no decorrer desta sessão.

⁵⁸O mercado de ações exagerou? (Tradução nossa)

⁵⁹“(…) Research in experimental psychology has suggested that most people "overreact" to unexpected and dramatic news events”. (Tradução nossa)

⁶⁰“(…) investors become excessively pessimistic after a series of bad earnings reports or other bad news”. (Tradução nossa)

⁶¹“(1) movimentos extremos nos preços das ações serão seguidos por movimentos subsequentes na direção oposta. (2) quanto mais extremo o movimento inicial de preços, maior será o ajuste subsequente. Ambas as hipóteses implicam em uma violação da eficiência do mercado.” (Tradução nossa)

Um padrão de decisões vistas como inadequadas é o resultado de tendências ou hábitos, limites cognitivos, que podem ser influenciados com um estímulo para uma escolha melhor, um nudge.

Muitas decisões são tomadas sem a análise das informações disponíveis, ou seja, baseadas unicamente em aspectos contextuais, levando a escolhas apartadas das que estariam mais de acordo com o objetivo que gostariam de atingir.

Thaler; Sunstein (2019, p. 16) afirmam que essa ciência da escolha, ciência emergente que se baseia em investigações minuciosas feitas por cientistas ao longo das últimas quatro décadas, criou dúvidas sobre a racionalidade dos nossos julgamentos e decisões. As previsões não são perfeitas, são falhas e tendenciosas, as decisões são parciais e os erros são previsíveis, apresentando forte tendência a seguir o status quo ou a aceitar a opção padrão. A formulação do problema influencia nas escolhas individuais.

Pode-se visualizar nitidamente essa dinâmica no fenômeno da judicialização da saúde em andamento aqui no Brasil.

São inúmeras as decisões dos Tribunais Brasileiros de que quando a saúde e a vida estão em pauta, o orçamento é uma questão menor e o impacto daquela decisão nas políticas públicas e na coletividade, na realocação de recursos que seriam destinados a todos para a destinação exclusiva a um indivíduo. Decisões que reconhecem a aplicabilidade imediata do direito à saúde, com a justificativa de omissão do Poder Público em cumprir seu dever de promover o direito à saúde, violando a dignidade da pessoa humana. Ocorre que o SUS é regido pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade. Foge dos objetivos do Sistema Único de Saúde e do que dispõe a CF de 1988 (BRASIL, 1988), uma prestação de saúde não acessível a todos e não igualitária.

Nesta seara, pode-se citar a Suspensão de Segurança nº 4304. Tratou-se de pedido de suspensão de segurança ajuizada pelo Estado do Ceará com o objetivo de sustar os efeitos da decisão liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que concedeu o direito ao tratamento pelo medicamento Soliris. O Estado do Ceará alegou a impossibilidade de custear o tratamento diante do alto custo deste, cerca de um milhão e oitocentos mil, causando grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública, a falta de previsão orçamentária, a ausência de comprovação da ineficácia ou ineficiência dos medicamentos disponibilizados pelo SUS no tratamento da enfermidade. O STF negou seguimento ao pedido, relatando, em outros fatos,

que o alto custo do medicamento não é por si só motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de lesão à economia e a saúde pública.⁶²

Esse é um exemplo das várias decisões dos Tribunais Brasileiros onde o fornecimento do medicamento ou tratamento, não pertencente à RENAME ou RENASSES, foi deferido sem observação do custo e no impacto na prestação igualitária do direito à saúde. Neste caso, tratava-se de medicamento de alto custo, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tendo sido deferido liminarmente pelo Tribunal a quo.

Da mesma forma, no Recurso Extraordinário nº 713241, o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que determinou o fornecimento de alimento especial. Mais uma vez trata-se de caso de medicamento de alto custo onde o Poder Público alegou em recurso a insuficiência de recursos.⁶³

Em uma situação com lista de espera, pode um tribunal decidir que o doente que clamou ao Judiciário pela satisfação do seu direito à saúde, e à vida, deve ser atendido com prioridade se o Judiciário não conhece a situação dos demais?

Não se trata de privilegiar recursos orçamentários ao direito à vida, mas de garantir que as políticas públicas permaneçam universais e equânimes, e de evitar a falência do Sistema Único de Saúde.

O Poder Judiciário não pode decidir somente sob o efeito da vida identificada, ou seja, o tutelado, mas se faz necessária uma reflexão sobre o impacto desta decisão para a coletividade, o custo benefício, a efetividade de sua decisão.

O Poder Judiciário não pode decidir sem maximizar a razão e por influência de fatores emocionais, pré-conceitos, partindo da análise isolada do pedido judicial. É necessário entender que se trata de escolhas, e o deferimento deste pedido, inevitavelmente acarretará a não assistência de outro. A finitude de recursos levará ao acolhimento de algo em detrimento do sacrifício de outro.

⁶² STF-SS: 4304 CE, Relator: Min. Cezar Peluso (Presidente), Data de Julgamento: 19/04/2011, Data de Publicação: Dje-080 Divulg 29/04/2011. Publicação 02/05/2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22939255/suspensao-de-seguranca-ss-4304-ce-stf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

⁶³ STF-RE:713241 RN, Relator: Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 08/12/2012. Data de Publicação: Dje-246 Divulg 14/12/2012 Public 17/12/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22854483/recurso-extraordinario-re-713241-rn-stf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

Se todos os portadores de câncer no Brasil recorressem ao Judiciário solicitando os medicamentos mais recentes e, por consequência, mais caros para o tratamento desta doença, qual seria o custo financeiro para o Estado para o cumprimento dessas decisões?

Haveria recursos suficientes para atender a essa demanda e concomitantemente atender às demais demandas de medicamentos/tratamentos, além da assistência epidemiológica, hospitalar, sanitária, ambiental, saúde básica, transplantes... além de demandas referentes a segurança, educação, previdência, lazer, moradia, assistência social?

É realisticamente impossível, em qualquer sistema econômico e político conceder infinitamente tudo a todos a qualquer tempo, ou seja, os direitos sociais possuem custos e financiamento limitado, devendo sempre haver uma escolha uma escolha alocativa.

Deverão prevalecer os requerimentos individuais de concessão de medicamentos e tratamentos na forma como vem sendo operacionalizada a judicialização à saúde atualmente, ou à manutenção do sistema de saúde público, o SUS, com vários serviços disponibilizados, como serviços epidemiológicos, ambientais, vigilância sanitária, hospitalar, prevenção, saúde básica e de concessão de medicamentos e tratamentos. Essa é a escolha a ser realizada. Esses fatos devem ser analisados ao se decidir uma demanda judicial.

Se não há como conceder o tratamento coletivamente, não deve ser concedido individualmente. A CF/1988 (BRASIL, 1988) é uma constituição social, sendo a igualdade uma meta a ser perseguida pelo Estado. Essa primazia absoluta dos direitos individuais frente aos coletivos vai de encontro ao preceituado pela Constituição Federal.

Soares (2015, p. 39) pondera que os julgamentos desconsideram o argumento relativo aos custos, não refutando sua análise e apresentando o direito à saúde como um direito subjetivo definitivo vinculante, tornando uma espécie de obra de caridade e resposta às cobranças midiáticas⁶⁴.

Há uma tendência nacional de deferir todos os pedidos no campo do direito à saúde, independentemente do argumento contrário apresentado.

Como bem explicado por Thaler (2019, p. 27) trata-se de privilegiar a vida identificada às vidas estatísticas. Para tanto, ele cita o exemplo de uma campanha para ajudar uma menina, cuja imagem é veiculada, ou seja, a vida é identificada, e uma campanha para ajudar um hospital

⁶⁴ Recorrer ao Judiciário na busca de tratamento e medicamento tornou-se prática comum e é retratado em várias reportagens. Cito como exemplo a reportagem, com o título “Como recorrer à Justiça acelera o recebimento de remédios de alto custo. Saber onde e para quem recorrer pode garantir o medicamento em mãos mais rapidamente”. Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/ciencia-e-saude/recorrer-a-justica-acelera-o-recebimento-de-remedios-de-alto-custo>. Acesso em: 13 jan. 2020.

que ajudará uma porcentagem de vidas, vidas não identificadas, vidas estatísticas, já que a figura das pessoas que serão ajudadas não tem como ser veiculada, até porque não são identificadas ainda, são estatísticas. A campanha relacionada a menina com certeza arrecadará bem mais dinheiro do que a do hospital, exatamente pelo apelo criado da identificação da menina. Thaler afirma que “raramente permitimos que qualquer vida identificada seja extinta unicamente pela falta de dinheiro. Mas é claro que milhares de pessoas não identificadas morrem diariamente por falta de coisas simples como mosquiteiros, vacinas ou água limpa.”

Essa dinâmica acontece na judicialização da saúde. As ações judiciais identificam as pessoas que serão ajudadas com a concessão do medicamento/tratamento requerido, enquanto o argumento de falha nas políticas públicas identifica a coletividade, vidas estatísticas. Logo, a tendência é a concessão do requerimento da vida identificada em detrimento da vida estatística.

Além do que Thaler (2019, p. 48) explica que a função perda causa mais impacto do que a função ganho. “Grosseiramente falando, as perdas doem cerca de duas vezes mais do que os ganhos fazem você se sentir bem”. É o que Thaler chama de aversão à perda. Ou seja, na judicialização à saúde, a perda, ou seja, não concessão do requerimento de um medicamento/tratamento dói mais do que o ganho de conceder a todos o direito à saúde através das políticas públicas. “O efeito negativo de uma perda é duas vezes mais intenso do que o efeito positivo por um ganho”, afirma Thaler (2019, p. 72)

Soares (2015, p. 45) informa que no Estado de São Paulo, a taxa de sucesso do demandante em casos envolvendo pedido de medicamentos chega a 85%.

Como argumentado por Cardoso (2017, p. 136 e 137) o Poder Judiciário aceita a culpa abstrata e difusa por eventual morte decorrente do mau funcionamento do sistema. Com sua vontade de fazer justiça no visível, produz injustiça no invisível.

Ao deferir um pedido referente ao direito à saúde sem analisar todo o contexto, ou seja, sem conhecimento do planejamento e necessidades do sistema de saúde, sem analisar o custo para o sistema, sem visualizar o direito de terceiros que será impactado por essa decisão, impacta negativamente todo o sistema, por não avaliar sua decisão judicial como uma forma de atender a todos isonomicamente, mas a um indivíduo, que por vezes, utiliza o Judiciário como porta de entrada ao Sistema Único de Saúde, burlando a fila existente, sem urgência ou emergência, ou para concretizar um tratamento não dispensado pelo seu plano de saúde privado. Não é rara a existência de petições iniciais munidas de relatório, orçamento do médico e hospital particular e solicitação para sejam pagos pelo SUS.

Thaler (2015, p. 15) defende que “we rarely allow any identified life to be extinguished solely for the lack of money. But of course thousands of unidentified people die every day for lack of simple things like mosquito nets, vaccines, or clean water”⁶⁵

É irracional decidir somente sob o efeito da vida identificada, ou seja, o tutelado, mas se faz necessária uma reflexão sobre o impacto desta decisão para a coletividade. É preciso visualizar que vidas poderão ser afetadas com aquela decisão.

Que, por exemplo, ao conceder um internamento na UTI, quando não há vagas disponíveis, uma escolha foi feita, ou seja, a retirada de um paciente que já estava internado para a alocação do produto desta decisão, sem visualizar o direito deste paciente só porque não participa do processo. Em um mundo ideal, haveria sempre o número de vagas necessárias para o atendimento de toda a população, haveria recurso suficiente para atender a todos a qualquer tempo, mas no mundo real, onde o recurso é limitado, as decisões devem ser pautadas em escolhas.

Machado (2019, p. 12) leciona que as decisões devem ser fundamentadas com conhecimento de outras áreas como “economia, políticas públicas e regulação de atividades econômicas ou de serviços públicos delegados a particulares, a fim de que as deliberações sejam aptas a promover os valores constitucionais.”

Além disso, não se deve conduzir a atuação estatal à pretensão do paciente ou à exclusiva opinião do médico que assiste o usuário sem que haja uma avaliação técnica de sua verdadeira efetividade, ou seja, sem análise em evidências clínicas.

Nunes (2011, p.65-67) defende que as decisões judiciais acabam por alterar os regulamentos de gestão do SUS, por exemplo, ao determinar que uma pessoa que foi atendida por médico particular, seja internada em hospitais do SUS. Não cabe aos Tribunais fazer outro regulamento, além do já existente.

“Para que os serviços do SUS possam funcionar bem, possam ser bem geridos e possam proporcionar aos seus utentes serviços de qualidade, é imperioso que os seus responsáveis ao nível do Executivo, elaborem e façam cumprir princípios de organização e regras de funcionamento, sem os quais seria o caos.”

Para ele, é a permanente ingerência dos Tribunais no SUS que causa caos e embaraços no sistema e não os protocolos existentes. Essa ingerência ocasiona uma desorganização no

⁶⁵“raramente permitimos que uma vida identificada seja extinta apenas pela falta de dinheiro. Mas milhares de pessoas não identificadas morrem todos os dias por falta de coisas simples, como mosquiteiros, vacinas ou água limpa.” (Tradução nossa)

acesso aos serviços públicos de saúde, “retirando o direito aos que não tem como pagar seguros privados de saúde e não tem condições de recorrer aos tribunais”. Decisões como internar paciente privado em hospitais públicos, ou seja, aquele que está acompanhado por médico particular e não oriundo do SUS, “entrega o hospital público aos médicos que exercem medicina privada, permitindo que eles internem seus pacientes, alheios às regras do SUS, sem vínculo com este, e ainda cobrando seus honorários aos pacientes ou ao próprio SUS. “Em boa verdade, trata-se de uma autêntica privatização disfarçada”. Esse tipo de decisão é “atentado contra a Constituição”.

“O direito à saúde, tal como o consagra a Constituição de 1988, enquanto direito de todos os brasileiros, é garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que tornem os serviços públicos de saúde acessíveis a todos, em condições de igualdade”. Fere a igualdade quando os Tribunais permitem que o paciente escolha um médico particular para ser tratado, este indica um tratamento a ser realizado por ele e o paciente recorre ao Judiciário para que o Poder Público pague o tratamento com o médico particular.

Scaff (2011, p. 108-110) leciona que o Poder Judiciário não cria recursos para atender as decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde, ele realoca recursos que possuíam outras destinações, concedendo direitos individuais e não sociais coletivos, ou seja, “verbas públicas aplicadas como verdadeiros planos de saúde privado”. “Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”. Para ele, a fim de manter a igualdade e a universalidade do SUS, deve-se incentivar que todos utilizem a porta de acesso ao SUS, e não o contrário, a via judicial. Ao invés de haver “um financiamento público dos direitos sociais”, há um “financiamento público da saúde do indivíduo X, por ordem judicial”. “O tesouro público não é um poço sem fundo, de onde jorram recursos a mancha”.

É comum ações iniciarem aqui no Estado de Sergipe requerendo tratamentos solicitados por médicos particulares, acompanhando a petição inicial, relatório médico e o orçamento do médico particular e do hospital para que o Poder Público pague a conta. Pacientes que não procuraram as portas do SUS, que não as utiliza.

Ao deferir pedidos como este, o Judiciário não só está substituindo o Poder Executivo, mas também o povo, que não foi consultado, na definição das prioridades das políticas públicas, já que, como explicado esses recursos terão que ser realocados.

No Agravo de Instrumento, processo nº 201900807045, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe manteve⁶⁶ o deferimento liminar para que o Estado de Sergipe e o Município de Aracaju realizassem, no prazo de até 30 dias, o procedimento cirúrgico de Ureterorrenolitotripsia, sob o fundamento de que a assistência à saúde emana diretamente de norma constitucional e significa atendimento integral, que o parecer do Nat não possuir natureza vinculativa, sendo desnecessária a prévia submissão a este e que o pedido administrativo é desnecessário. Compulsando os autos do processo de origem, processo nº 201811800771, observa-se, da análise da petição inicial, que se trata de uma ação ordinária de obrigação de fazer c/c danos morais e requerimento de tutela antecipada incidental em face do Estado de Sergipe e do Município de Aracaju para a realização de intervenção cirúrgica, ureterorrenolitotripsia flexível com colocação de cateter duplo J. Para tanto junta aos autos, acompanhando a petição inicial, previsão de orçamentos de hospitais particulares, dos honorários médicos proveniente de seu médico particular e sua equipe médica, relatório médico de seu médico particular. Informa, ainda, na sua petição, a existência de fila no SUS para a realização do tratamento.

Neste mesmo sentido, visualiza-se o processo nº 201860000900, Ação de Obrigação de Fazer para a realização de procedimento cirúrgico, em face do Estado de Sergipe e do Município de Aquidabã, requerendo a realização do procedimento cirúrgico. Compulsando os autos do processo e em especial, a petição inicial, observa-se orçamento de hospital particular, cirurgia e sua equipe médica. No Agravo de Instrumento, processo nº 201800821338⁶⁷, foi mantida a tutela antecipada concedida para a realização da cirurgia.

Em ambos os casos apresentados, observam-se ações requerendo tratamentos solicitados por médicos particulares, acompanhando a petição inicial, relatório médico e o orçamento do médico particular e do hospital para que o Poder Público pague a conta. Pacientes que não comprovaram ter buscado as portas de entrada do SUS, utilizando como porta de entrada o Poder Judiciário.

Amartya Sen, em seu livro *A ideia de Justiça*, ao falar sobre justiça indica (2009, p.110) que uma decisão justa, entre outros fatores, tem que ter um alcance universal, ou seja, uma decisão justa tem que ser aplicável aos problemas e dificuldades de todas as pessoas e não só de algumas. Todas as pessoas devem ser vistas como relevantes, todas as pessoas devem ser

⁶⁶ Agravo de Instrumento nº 201900807045 nº único 0002129-44.2019.8.25.0000 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): José dos Anjos - Julgado em 02/07/2019.

⁶⁷ Agravo de Instrumento nº 201800821338 nº único 0006813-46.2018.8.25.0000 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): José dos Anjos - Julgado em 29/01/2019

levadas em consideração ao ser proferida uma decisão. Além disso, argumenta (2009, p. 318) que para uma decisão justa deve-se haver uma argumentação racional pública, em vez de uma rejeição sumária das opiniões contrárias, por mais implausíveis que elas possam aparecer em um primeiro momento. Compreender não é apenas registrar nossas percepções imediatas, mas envolve o uso da razão. Sentir senso de injustiça é um sinal que ainda demanda um exame crítico. É preciso haver um exame cuidadoso da validade de uma conclusão baseada principalmente em sinais. Uma decisão justa também deve ser imparcial, ou seja, independente de nossos interesses, não refletindo juízos preconcebidos ou preconceitos, afirma Sen (2009, p. 08).

O uso da razão é um traço importante da busca da justiça. “Quando procuramos determinar como promover a justiça, há uma necessidade fundamental de uma reflexão racional pública, envolvendo argumentos oriundos de diversos quadrantes e perspectivas divergentes”, afirma Sen (2009, p. 320 e 321). Não significa dizer que serão conciliadas todas as razões conflitantes. “A racionalidade individual de uma pessoa não exige uma resolução completa dos conflitos, que tampouco é condição para uma escolha social razoável, inclusive para uma teoria da justiça baseada na razão”.

Afirma, ainda, (2009, p. 09) que o uso da racionalidade demanda que se argumente, de modo fundamentado, conosco e com os outros, em vez de usar a “tolerância descomprometida”.

Assim são fundamentais a análise imparcial e a racionalidade argumentativa ao proferir uma decisão justa.

A teoria da Economia Comportamental é utilizada tanto para explicar nossos comportamentos, o porquê das nossas ações tidas como irracionais, instintivas, tanto para criar nudges, ou seja, um estímulo para a escolha certa.

A Teoria do Nudge aplica conhecimentos da economia comportamental como ferramenta para guiar as decisões com melhores resultados.

Thaler; Sunstein (2019, p. 9-12) trazem o exemplo de uma nutricionista que cuida do serviço de alimentação de várias escolas em uma grande cidade, que comandou um experimento acerca do comportamento. Selecionou dezenas de escolas, e sem mudar o cardápio, faria mudanças na disposição e na apresentação da comida e verificaria se causaria influências na escolha dos alunos. Em algumas escolas as sobremesas ficavam à frente; em outras, atrás; em outras, separadas dos pratos principais. Ou seja, o posicionamento de vários itens variava de escola para escola. Com este experimento, a nutricionista foi capaz de aumentar ou reduzir o

consumo de vários alimentos em até 25%. Logo, da mesma forma que com os adultos, é possível influenciar crianças e jovens com pequenas mudanças de contexto. E essa influência tanto pode ser para o bem ou para o mal. A nutricionista poderia aumentar o consumo de alimentos saudáveis como o de alimentos prejudiciais à saúde.

Para Thaler e Sunstein, essa nutricionista é uma arquiteta de escolhas, ou seja, “um arquiteto de escolhas tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões”. Várias pessoas são arquitetas de decisões sem nem perceberem que são, como um médico, quando explica a opção de tratamento; um pai, quando explica a opção de faculdades para um filho; um vendedor... Detalhes mínimos, aparentemente insignificantes, podem gerar impacto no comportamento das pessoas.

Eles citam, ainda, o exemplo dos banheiros masculinos no aeroporto de Schiphol, em Amsterdam, onde foi colocada a imagem de uma mosca preta em cada vaso sanitário. Vendo o alvo, ou seja, a mosca preta, a atenção e a precisão dos homens aumentaram consideravelmente. A mosca falsa reduziu em 80% a quantidade de urina que caia fora do vaso sanitário.

Para eles, uma boa regra é que tudo é importante. O arquiteto de escolhas pode dar um nudge, influenciando o comportamento das pessoas, sem ser intrusivo, pois não cria impedimentos ou obstáculos às escolhas, não é uma ordem. Eles induzem as pessoas a seguir caminhos que melhorarão sua vida. Um nudge significa dar um empurrãozinho, cutucar, estimular um comportamento, incentivar. É o movimento paternalismo liberário, a liberdade de escolha, mas com a influência no comportamento das pessoas no sentido de melhorar a vida, através dos nudges.

Em muitas situações, as pessoas tomam decisões muito ruins por não prestarem atenção ou por não terem todas as informações necessárias, capacidade cognitiva ilimitada e total autocontrole, fatos comprovados pelas ciências sociais, afirmam Thaler; Sunstein (2019, p. 14). “Colocar frutas em posição bem visível é um exemplo de nudge. Simplesmente proibir a junk food, não.”

No Setor Público, essa arquitetura de escolhas é bastante útil, principalmente nas políticas de prevenção. Essas políticas custam muito pouco, ou nada, ou seja, não tem impacto na carga tributária dos contribuintes.

A política de doação de órgãos foi alterada pelo princípio do nudge. Em vez de os cidadãos optarem por serem doadores de órgãos, devem optar por não doar. Essa política simples aumenta consideravelmente o número de doadores de órgãos, impactando positivamente a sociedade, mantendo a liberdade, pois quem não quer ser um doador é só

manifestar a sua escolha. Ou seja, o nudge implicou nunca mudança de comportamento, favorecendo a sociedade, sem uma imposição.

Os nudges podem ser apresentados por uma alteração na opção padrão, como no caso na posição dos alimentos nas prateleiras, nas cantinas, afetando a escolha. Ou à forma que a informação é apresentada às pessoas, o efeito de enquadramento, enfatizando os malefícios, como nas campanhas em relação ao fumo. É diferente você informar que de 100 pessoas obesas, exemplo fictício, 10 morrem ao ano por doenças provenientes da obesidade, da informação de que de 100 pessoas, 90 a obesidade não interferirá. A inscrição automática em programas, como o exemplo da doação de órgãos. Usos de normas sociais, por exemplo, enfatizando comportamentos desejados. Divulgação, lembretes, informações sobre as consequências dos seus atos, entre outros.

A primeira impressão também costuma influenciar o julgamento das pessoas. A informação que recebem primeiro como base, a âncora. É o caso da promoção. Talvez nem há a necessidade do produto, mas a informação de oportunidade única, comprar o produto por um preço reduzido, funciona como uma âncora.

No Kenya, apesar de pastilhas de cloro serem distribuídas e muitas pessoas entenderem a importância de sua utilização para desinfetar a água, a maioria das pessoas não as utilizava. Foi disponibilizado cloro como um líquido concentrado e foi exibido como utilizá-lo no exato local da coleta de água. Coletou, aplicou. Como resultado, a utilização do cloro aumentou em 53%.⁶⁸

Na Índia, as baixas taxas de imunização nas áreas rurais, mesmo com vacinas grátis disponíveis nos postos e ampla publicidade sobre o tema, levou à realização de um estudo onde testaram em comparação com grupos de controle sem intervenção, promover para um segundo grupo ampla publicidade sobre as vacinas disponíveis nas clínicas e para um terceiro grupo além da publicidade os pais ganhavam um quilo de lentilhas no valor de \$1 após imunização. No final do estudo, no grupo de controle sem intervenção, apenas 6% das crianças foram imunizadas. No grupo que recebeu publicidade, 17%. E no grupo que recebeu publicidade e um saco de lentilhas, 38%. Isso demonstra tanto o imediatismo das pessoas, pois a imunização

⁶⁸ Informação disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/nacionais/saude-comportamental-quando-o-barato-e-o-eficiente-se-encontram-na-area-da-saude/>. Acesso em: 26 jan. 2020.

demanda um custo imediato, longas viagens, a despeito de um benefício futuro abstrato, e como pequenos incentivos podem inspirar comportamentos positivos.⁶⁹

As cidades de São Paulo e no Rio de Janeiro já contam com unidades que se dedicam a estudar e testar nudges que podem contribuir para aumentar a eficiência de programas municipais.

Em São Paulo, foram testadas mudanças na comunicação entre atendentes do Hospital do Servidor e pacientes quando do agendamento de consultas e exames. Os atendentes usavam um roteiro com falas específicas, como “o senhor pode ligar em caso de não comparecimento?”. Essas mudanças reduziram em 12% o percentual de faltas em consultas sem aviso.⁷⁰

A técnica do nudge já foi utilizada também em programas específicos de governo, como o Programa Bolsa Família, que oferece educação e inclusão financeira a famílias de baixa renda.

Assim, é possível utilizar a Teoria Econômica e Comportamental não só para analisar institutos, mas também para influenciar o comportamento positivo.

Mas importante ressaltar que alguns nudges podem ter consequências não intencionais, ou podem não surtir efeito por preferências anteriores fortes ou os contra-nudges, que são nudges direcionando ao comportamento oposto.

Assim, é importante ter atenção as consequências dos nudges aplicados para que possam ser tomadas novas ações se os efeitos desejados não forem alcançados.

Como discutido, de acordo com a teoria da economia comportamental, o ser humano não é absolutamente racional, e fatores psicológicos, emocionais, religiosos, influenciam na tomada de decisões. Além do que, as decisões devem visualizar o todo, sendo fundamentadas com conhecimento de outras áreas como economia, políticas públicas, para que as deliberações sejam aptas a promover os valores constitucionais de igualdade e equidade.

É certo que o processo de judicialização precisa ser repensado, pois da forma como vem sendo materializado não traz benefícios a sociedade, ao contrário, realoca recursos para atender demandas individuais, ao invés de atender a coletividade, ferindo, a igualdade e a fraternidade social.

⁶⁹ Informação disponível em: <http://www.economiacomportamental.org/nacionais/saude-comportamental-quando-o-barato-e-o-eficiente-se-encontram-na-area-da-saude/>. Acesso em: 26 jan. 2020.

⁷⁰ Informação disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,a-ciencia-que-engana-para-o-bem-chega-a-gestao-publica,70003172901>. Acesso em: 26 jan. 2020.

Políticas de desjudicialização estão sendo implementadas. O próximo capítulo fará uma análise mais aprofundada sobre algumas práticas em andamento, apresentando decisões judiciais que já apresentam um olhar mais acurado para a sustentabilidade do SUS.

3. MEIOS DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA: DESJUDICIALIZAÇÃO

O fenômeno da judicialização da saúde precisa ser repensado, em que pese sua importância, devendo ser materializado com parâmetros de racionalidade, como já visto no capítulo 02 deste estudo, para que não haja um desequilíbrio entre os poderes, hipertrofia do Judiciário e o fim do Sistema Único de Saúde.

Uma decisão justa deve ter um alcance universal, ela deve ser pautada na argumentação racional, devendo ser analisados minuciosamente todos os pontos apresentados como argumentos, devendo, ainda, ser imparcial, não refletindo juízos preconcebidos ou preconceitos.

Domingues; Barbosa (2018, p.63 e 64) afirmam que “a excessiva judicialização à saúde tem-nos feito abrir os olhos para o modo como os juízes estão julgando as ações.”(...) “a tendência assumida por grande parte dos juízes é presumir que o Estado falhou em todas as demandas de saúde”. Os julgamentos, na maioria das vezes, estão desprovidos de imparcialidade, que além de ser um princípio processual, é pressuposto de validade do processo. “É dever do Estado decidir com imparcialidade e direito-garantia das partes. Só que, na maioria das vezes, o tema saúde sensibiliza julgadores na tomada de decisões”.

Esses comportamentos de tomada de decisões carregada de emoção, destituída de razão e de tecnicismo são objeto de estudo da Economia Comportamental, como analisado no capítulo 02.

Holmes; Sunstein (2000, p. 171) lecionam que

“By their nature, in sum, rights impose responsibilities, Just as responsibilities give birth to rights. To protect rights, a responsible state must responsibly expend resources collected from responsible citizens. Instead of lamenting a fictional sacrifice of responsibilities to rights, one should ask wich concrete package of complementary rights and responsibilities is likely to confer the most benefits on the society that funds them”.⁷¹

⁷¹“Por sua natureza, em suma, os direitos impõem responsabilidades, assim como as responsabilidades dão origem a direitos. Para proteger os direitos, um estado responsável deve gastar com responsabilidade os recursos coletados dos cidadãos responsáveis. Em vez de lamentar um sacrifício fictício de responsabilidades por direitos, deve-se perguntar qual pacote concreto de direitos e responsabilidades complementares provavelmente conferirá os maiores benefícios à sociedade que os financia”. (Tradução nossa)

A judicialização do direito à saúde da forma como vem sendo realizada não traz benefícios a sociedade, ao contrário, aloca recursos para atender demandas individuais, ao invés de atender a coletividade, ferindo, como já visto, a igualdade e a fraternidade social.

Machado; Martini (2018, p. 776) afirmam que “o protagonismo desenfreado e excessivo do Judiciário tem ocasionado incertezas e contradições no sistema que exige um repensar de seu sentido e limites”. Para elas, a judicialização à saúde não resolveu o problema da aplicabilidade do direito à saúde, havendo a necessidade de repensar o fenômeno, “apresentando como alternativa à concretização do direito à saúde, a desjudicialização”.

Afirmam, ainda, (2018, p. 779) que essa interferência abusiva do Judiciário nas questões políticas desestabiliza o sistema, inviabilizando a concretização dos direitos sociais, de caráter coletivo e não individual. “A judicialização traz impactos negativos para a justiça distributiva e para o funcionamento da democracia”. Assim, essa intervenção deve ser excepcional e deve ter como objetivo a natureza coletiva dos direitos através das políticas públicas.

Os direitos estão relacionados aos custos. Distribuir os recursos orçamentários significa escolher quais direitos serão atendidos neste momento conforme a necessidade da sociedade. É uma decisão pautada no todo e não na necessidade individual. Essas escolhas são bem representadas na formação da RENAME e da RENASSES. São decisões obtidas por vários comandos da sociedade, amplamente debatida. Essa amplitude também deve ser visualizada pelo Poder Judiciário.

Globerkner (2017, p. 140) defende que “no campo sanitário, é de fundamental importância a participação da comunidade envolvida na definição do próprio conceito de saúde e por consequência na definição do que seja uma adequada atenção à saúde”. Assim, faz-se necessária a participação da sociedade nas escolhas alocativas. E essas decisões devem ser respeitadas, pela sociedade, pelo Estado e pelo Judiciário.

Machado (2010, p. 209 e 210) explica que esse contexto de conflito entre os direitos fundamentais, políticas públicas e recursos escassos, não reclama necessariamente intervenção jurisdicional, mas harmonia entre os poderes públicos com o fim de realização da justiça distributiva.

Visando equacionar os problemas visualizados, práticas vêm sendo instituídas tanto pelo Conselho Nacional de Justiça, pelos entes públicos e pelos Tribunais de Justiça, objetivando uma maior interação entre os Poderes Judiciário e Executivo.

Na esfera extrajudicial, o tema vem sendo tratado de forma multidisciplinar, e medidas de desjudicialização vem sendo implementadas, através da criação de câmaras de mediação e conciliação, previstas no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e na Lei nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015), com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tendo como resultado o melhor tratamento para o tutelado, aliado ao custo razoável e suportável pelo sistema, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Não significa dizer que o direito à saúde não pode ser garantido pelo Poder Judiciário, mas seu melhor uso não é para a obtenção de direitos individuais, mas na formação de políticas públicas de saúde, protocolos, ou no cumprimento destas. Conforme defendido por Hosseouab Júnior; Rocha (2018, p. 53) “a judicialização não é um mal que deve ser combatido, mas deve ser qualificada”. O papel do Judiciário não é substituir o Legislativo ou Executivo, mas direcioná-los para o cumprimento do preceituado pela Constituição Federal.

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O SISTEMA DE PRECEDENTES

Os Tribunais Superiores, com a utilização do sistema de precedente e de recursos repetitivos, IRDR, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, vem estabelecendo parâmetros para a judicialização da saúde. Trata-se de garantir o acesso universal e equânime ao Sistema Único de Saúde, garantido constitucionalmente, através de criação de paradigmas.

Um sistema de precedentes normativos ou vinculantes promove segurança jurídica, isonomia e eficiência, aumentando a previsibilidade do direito, reduzindo a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário, assegurando àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia, afirmam Mello; Barroso (2016, p.17).

O Código de Processo Civil de 1973 já vinha sofrendo alterações no sentido de conferir maior eficácia à jurisprudência consolidada nos tribunais. Mello; Barroso (2016, p.09) citam, nesta linha, as modificações instituídas pela Lei nº 9756/1998 que permitiu que o relator inadmitisse, monocraticamente, recursos em confronto com súmulas ou com a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, ou que desse provimento aos apelos compatíveis com tais precedentes e estabeleceu a desnecessidade de submissão da arguição incidental de inconstitucionalidade de uma norma ao plenário dos tribunais quando já houvesse

pronunciamento da Corte Constitucional ou do próprio tribunal a seu respeito; a Lei nº 10.352/2001 que dispensou o duplo grau de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula do STF ou do Tribunal superior competente; a Lei nº 11.232/2005 que criou os embargos desconstitutivos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), conhecida como Reforma do Judiciário, foi instituído no nosso ordenamento jurídico, o sistema de repercussão geral, como forma de conhecimento do recurso extraordinário.⁷²

Mello; Barroso (2016, p.09) citam que foi a Lei nº 11.418/2006 que regulamentou a exigência estabelecida pela EC nº 45/2004 (BRASIL, 2004) de repercussão geral como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário, determinou que tal requisito estaria presente quando o acórdão contrariasse preceitos sumulados ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional e criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, onde a orientação firmada pela Corte Constitucional sobre o mérito da questão, em um caso paradigma, possibilitaria ao tribunal de origem a possibilidade de declarar prejudicados apelos idênticos nele sobrestados ou de se retratar de suas decisões anteriores, quando fossem objeto de recursos extraordinários, sob pena de, não o fazendo, tê-las liminarmente cassadas ou reformadas no STF.

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) instituiu um sistema vasto de precedentes vinculantes, aperfeiçoando o instituto da repercussão geral, detalhando que o Supremo Tribunal Federal não conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional versada não tiver repercussão geral, ou seja, não tiver questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Indicou, também, algumas presunções absolutas de repercussão, como súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (STF).⁷³

⁷²Art. 102. (...)

§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁷³ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Com o conhecimento do recurso extraordinário, e consequentemente o reconhecimento da repercussão geral, o relator no STF determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no território nacional e versarem sobre a questão.

O CPC de 2015 (BRASIL, 2015) disciplinou, ainda, o sistema de precedentes, em seus artigos 926, 927 e 928. Dentre outros pontos, o § 2º do art. 926⁷⁴ dispõe que ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Já o art. 927⁷⁵ dispõe que os juízes e os tribunais devem observar em seus julgados as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os

§2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal .

§4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§10 (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§11 A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

⁷⁴Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁷⁵Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V- a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Já o art. 928⁷⁶ dispõe que para os fins do CPC, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos especial e extraordinário repetitivos.

Mello; Barroso (2016, p.11 e 12) relatam que nesta linha de ideias, o art. 927 do novo CPC (BRASIL, 2015) definiu como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: as súmulas vinculantes, as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) e em incidente de assunção de competência (IAC), os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau.

O IRDR é um instituto jurídico previsto no Código de Processo Civil, em seus artigos 976 a 987, sendo cabível quando houver simultaneamente a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, art. 976 do CPC⁷⁷. Ou seja, “é um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo que pode ser instaurado em segundo grau de jurisdição”, produzindo efeito vinculante, afirmam Mello; Barroso (2016, p.12).

O pedido de instauração do incidente deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal onde tramite a causa, podendo ser provocado por ofício do juiz ou do relator da causa, por petição do Ministério Público, da Defensoria Pública ou das partes⁷⁸. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem, inclusive aos casos

⁷⁶Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

⁷⁷Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁷⁸Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

futuros, se não houver revisão, sobre idêntica questão e que tramitem no âmbito de jurisdição do respectivo tribunal. Se não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.⁷⁹

Já o incidente de assunção de competência (IAC) , previsto no art. 947⁸⁰ do CPC (BRASIL, 2015) é admissível quando o julgamento de recurso, remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, propondo o relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que haja o julgamento pelo órgão colegiado que o regimento indicar. Ou seja, este instituto “possibilita que o julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em diferentes processos, seja apreciado por órgão específico, indicado pelo regimento interno do tribunal”, produzindo efeito vinculante, afirmam Mello; Barroso (2016, p.12).

Mello; Barroso (2016, p.16) defendem que o CPC/2015 (BRASIL, 2015) alterou a eficácia das decisões judiciais. As decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e os acórdãos dos tribunais em geral, não sujeitos a IRDR ou IAC, permaneceram dotadas de eficácia persuasiva. As súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de IRDR e de IAC são dotados de aplicabilidade normativa em sentido forte. Os enunciados de súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional e

⁷⁹Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 . § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

⁸⁰Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes produzem eficácia intermediária ou aplicabilidade normativa em sentido fraco, por serem entendimentos obrigatórios, devendo ser seguidos, mas sua inobservância não possibilita o ajuizamento de reclamação.

Já é possível observar decisões vigentes sob a esfera do sistema de precedentes relacionadas ao direito à saúde, colocando limites à judicialização.

3.2 DECISÕES RECENTES EM CONFORMIDADE COM O SISTEMA DE PRECEDENTES

A insegurança jurídica gerada pelo fenômeno da constitucionalização do direito e a imprecisão dos dispositivos que consagram os princípios e valores constitucionais está sendo superada paulatinamente pela formação de jurisprudência dos Tribunais Superiores, proporcionando inclusive maior precisão na abrangência dos dispositivos que englobam os princípios e valores constitucionais.

Importantes questões estão sendo postas à análise do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e através da vinculação aos precedentes e aos recursos repetitivos, vinculam os Tribunais e juízes de primeiro grau.

Já é possível visualizar nas decisões do Supremo Tribunal Federal um avanço no sentido de estabelecer limites à judicialização do direito à saúde, demonstrando uma ponderação acerca dos custos desse direito, começando a não colocar o princípio da dignidade humana como um direito a priori. Essa posição é fruto das audiências públicas realizadas, que promoveram a abertura do Supremo a um espaço de debate amplo de uma questão pública, amadurecendo os votos, relata Soares (2015, p. 39).

O Judiciário começa a reconhecer a necessidade de fixação de parâmetros técnicos para a solução das questões postas na judicialização da saúde, sob pena de desorganização do SUS, leciona Rêgo (2017, p. 58).

Dentre estas decisões recentes pautadas no sistema de precedentes, destacam-se, no âmbito do STF, os REs 566.471/RN e 657.718/MG.

No caso do RE 566.471/RN, relator ministro Marco Aurélio, discute-se a obrigação do Estado no sentido de dispensar medicamento de alto custo não incluído na Política Nacional de

Medicamentos, a portador de doença grave carente de recursos financeiros para a sua aquisição no mercado. Já no RE 657.718/MG, igualmente relatado pelo ministro Marco Aurélio, o que está em questão é a possibilidade de se obrigar, mediante ação judicial, o poder público a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa.

Ambos tiveram repercussão geral reconhecida. O RE 566.471 foi cadastrado sob o tema 06, assunto: dever do estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. E o RE 657.718, tema 500, assunto: dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela Anvisa.

Ambos estavam com julgamento marcado para o dia 22 de maio de 2019, tendo sido adiado o primeiro, para o dia 23/10/2019, e posteriormente, para o dia 11/03/2020 e o segundo fora julgado com parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, fixando a seguinte tese:

“O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”

De igual modo, o RE 855178 RG, tema 793, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 05/03/2015, com repercussão geral, que entendeu pela responsabilidade solidária dos entes federados para a concessão de tratamento médico.

O tema 793, proveniente do RE 855178, tem como assunto: os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Os embargos de declaração apresentados no RE 855178 foram julgados em 23 de maio de 2019, tendo sido rejeitados nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, fixando a tese de repercussão geral.

Outras questões também postas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral admitida, acerca do direito sanitário são os temas: 262, 289, 579 e 793.

O tema 262, oriundo do RE 605533, tendo como assunto: o Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença. A repercussão geral foi reconhecida por decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio em 26 de fevereiro de 2010.

Em 15/08/2018, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, apreciando o tema 262 da repercussão geral, foi dado provimento ao RE 605533, tendo sido fixada a tese: o Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença.

No tema 289, oriundo do RE 607582, foi reconhecida a existência de repercussão geral na seguinte questão: bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos. O RE 607582, ainda está em andamento, pendente de julgamento.

O tema 579, oriundo do RE 581488, traz como assunto: é constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. O RE 581488 foi julgado, em 03/12/2015, e por unanimidade, nos termos do voto do Relator, foi negado provimento ao recurso, tendo sido fixado a tese.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça destaca-se o Recurso Especial nº 1.657.156, julgado em 24/04/2018. Neste, o STJ firmou tese para fins do art. 1036 do CPC/2015 (BRASIL, 2015). A tese jurídica foi definida no Acórdão dos Embargos de Declaração publicado no DJe de 21/09/2018, sendo esta: a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Os efeitos do presente repetitivo foram modulados de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

Da mesma forma, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe já se visualizam decisões que compatibilizam as duas dimensões do direito à saúde, tal como previsto pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Para tanto, cito o Agravo de Instrumento nº 201900730566. Neste foi dado provimento a irresignação do Município de Cristinápolis, cassando a decisão liminar agravada, que deferiu o pedido de obrigação de fazer consistente na realização do procedimento de Vitrectomia vias pars em olho direito. Na decisão o Desembargador Relator considerou a ausência de negativa do órgão regulador e a priorização descabida, ressaltando a existência de fila de espera no SUS para pacientes que se encontram na mesma situação.⁸¹

Da mesma forma, na Apelação Cível nº 201900814982, foi negado o pedido de impugnação ao Estado do procedimento endoscópico quando o SUS oferece pela via aberta e não há comprovação de que a cirurgia à laser é indispensável. Na decisão foi considerado o risco de inviabilização do SUS⁸².

3.3 MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA À DESJUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Como já relatado no presente estudo, a excessiva judicialização para a prestação efetiva da política pública da saúde, na forma como vem sendo conduzida, vem gerando mais injustiça social do que justiça, gerando diversos reflexos negativos. A possibilidade de judicialização para acesso a políticas públicas de saúde, pós a constitucionalização do direito, é inconteste, mas deve-se buscar alternativas para a sua desjudicialização, de modo a compatibilizar o direito individual fundamental a saúde e o direito coletivo.

Silva e Schulman (2017, p. 292) afirmam que

“já é passada a hora de pensar em mecanismos criativos que dimensionem coerentemente o acesso à saúde e a proteção do público, para além do Judiciário, por meio de instrumentos de desjudicialização que harmonizem interesses individuais e coletivos, resguardando o erário, o acesso e a necessária velocidade nos cuidados com a saúde.”

⁸¹ Agravo de Instrumento nº 201900730566 nº único 0009454-70.2019.8.25.0000-1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Iolanda Santos Guimarães – Julgado em 17/12/2019.

⁸² Apelação Cível nº 201900814982 nº único 0000425-26.2018.8.25.0066 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): José dos Anjos - Julgado em 10/12/2019

Ribeiro (2018, p. 67 e 68) leciona que ADR, Alternative Dispute Resolution, é um termo utilizado em alguns países, como os Estados Unidos da América, para designar um amplo número de mecanismos de resolução de conflitos. Afirmar que “a ADR ingressou como um movimento dos EUA na década de 1970 como uma forma de resolver as disputas sociais envolvendo direitos civis e uma alternativa ao sistema legal superlotado”.

A partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) e a Lei nº 13.105/2015, o direito brasileiro fortaleceu o sistema de justiça multiportas, com a conciliação, mediação e arbitragem, como meios alternativos de resolução de conflitos.

Cunha (2018, p. 686) afirma que “o sistema multiportas de solução de disputas é compatível com o ambiente público, podendo abranger as controvérsias que envolvam a Fazenda Pública”.

São instrumentos que priorizam o diálogo, o que possibilita o afastamento da litigiosidade excessiva e privilegia o ambiente consensual, preservando as relações, humanizando a justiça. Além do que, promovem uma rápida solução do conflito.

Trata-se de métodos adequados de resoluções de conflito que prezem interesses individuais e coletivos, mas que não envolvam o Poder Judiciário, já que se busca a desjudicialização. Resoluções de conflito administrativas que antecedam a ação judicial.

Nos termos do art. 174 do CPC/2015 (BRASIL, 2015) e no art. 32 da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Nos termos do art. 32, II, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), as câmaras de prevenção e resolução de conflitos têm competência para avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público.

Prevê, ainda, que a submissão do conflito às câmaras é facultativa e que se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá em título executivo extrajudicial.

O art. 33 dispõe que enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos mediante procedimento de mediação.

Delduque; Castro (2015, p.507) lecionam que a resolução de conflitos e o acesso à justiça por meio da mediação tem demonstrado ser um potente instrumento de solução de

controvérsias, podendo ser uma alternativa de resolução de conflitos no âmbito do SUS, possibilitando que as demandas conhecidas como judicialização à saúde sejam resolvidas em espaços além do Judiciário. Para eles (2015, p. 509) “por desconhecer as políticas públicas formadoras do SUS, a jurisdição não tem solucionado o acesso a bens e serviços de saúde”, criando, ao contrário, “distorções no sistema e dado ao conceito de acesso à justiça um sentido reverso, em que poucos privilegiados, que podem ter acesso aos tribunais, obtêm uma sentença”. Trata-se de um fenômeno que “não é razoável para o sistema sanitário tampouco para o sistema da justiça”, prejudicando o pleno exercício da cidadania, pois “torna o indivíduo dependente do Estado, e o Poder Judiciário seu fornecedor de serviços”, defendem Delduque; Castro (2015, p. 510).

A mediação nos espaços administrativos valoriza o diálogo e a composição, possibilitando a avaliação do caso concreto do paciente, aferindo a necessidade ou não de se liberar, inclusive, tratamentos além dos protocolos clínicos.

A mediação administrativa na área da saúde é uma alternativa para a desjudicialização e para a efetiva prestação de saúde, inclusive porque não havendo composição, pode integrar ação judicial, devendo contar com a participação, além do ente federativo, representado por seus órgãos da saúde, da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Com a mediação alguns problemas gerados com a judicialização são minimizados como a criação de filas paralelas, impacto nos princípios que regem o Sistema Único de Saúde, desatenção à capacidade gerencial do sistema, não utilização das políticas públicas existentes, desorganização do SUS, não atenção aos protocolos e a regulação, redução dos custos ocasionados pela judicialização, entre outros.

A mediação importa também benefícios ao paciente/postulante principalmente quanto à celeridade, acompanhamento do tratamento pelo SUS e principalmente em relação aos pacientes, que estão na mesma situação do tutelado e não integram a ação judicial. A solução pacífica é sempre preferível inclusive a título econômico.

Alguns exemplos exitosos em prática de resoluções alternativas é o projeto “O SUS Mediado”⁸³, no Rio Grande do Norte, que, no ano de 2017, chegou a 44% de mediação dos

⁸³“O programa “O SUS mediado” foi lançado em 14 de fevereiro de 2012, tendo como parceiros a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria de Saúde do Estado, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Geral do Município de Natal e a Secretaria de Saúde do Município de Natal. Tem por objetivo o estabelecimento de ampla cooperação entre os partícipes, o intercâmbio de informações, visando garantir maior efetividade às políticas públicas de saúde, evitando demandas judiciais e assegurando o acesso aos usuários hipossuficientes do SUS a medicamentos e procedimentos médicos, previstos no SUS. As sessões de mediação ocorrem através de uma Câmara de Conciliação, composta por um farmacêutico, um médico, um Defensor

atendimentos e em 2016, 40%⁸⁴ e no primeiro semestre de 2018, 50% dos atendimentos, com 238 casos destinados ao Estado, dos quais 118 foram mediados ou encaminhados a União⁸⁵.

Em Brasília, a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde, CAMEDIS,⁸⁶ da Defensoria Pública do Distrito Federal, media conflitos entre pacientes usuários do SUS e os gestores da rede pública de saúde do DF.

O Cirads, no Rio Grande do Norte, por meio de ação conjunta da Procuradoria da União, a Defensoria Pública da União, procuradores estaduais e municipais, secretarias estaduais e municipais de saúde, solucionam demandas administrativamente entre os usuários e o SUS. Essa iniciativa foi estendida a outros estados, como Pará e Bahia.

Além desses exemplos exitosos da utilização da mediação na área da saúde no Brasil, podem ser citados, ainda, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde no Estado de Minas Gerais, (CAO/Saúde) que percorre o Estado de Minas Gerais realizando reuniões de conciliação entre usuários e gestores, e o SUS mediado em Rondônia, entre outros.

Assim, o diálogo e aproximação entre os entes é fundamental para a concretização das políticas públicas. Na esfera extrajudicial, o tema deve ser tratado de forma multidisciplinar, tendo como resultado o melhor tratamento para ao tutelado, aliado ao custo razoável e suportável pelo sistema, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Além do que, a mediação administrativa resulta em economia para todos os entes envolvidos na judicialização. Com o crescimento do número de litígios envolvendo a saúde, os entes foram obrigados a criar estruturas para cumprir ordens oriundas das decisões judiciais. Os orçamentos públicos foram afetados com a impossibilidade de previsão de valores a serem dispendidos com as determinações judiciais. Aliado a isso, há os custos dos processos desde os

Público Estadual, um representante da PGE e da PGM e pelo assistido. Através do referido programa, assegura-se, ainda, ao cidadão que não teve o seu caso solucionado no âmbito extrajudicial, a possibilidade de opor demanda judicial própria através da Defensoria Pública Estadual ou Federal.” Disponível em <https://defensoria.rn.def.br/programa/sus-mediado>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁸⁴ Informação disponível em www.tribunadonorte.com.br/noticia/defensoria-mediou-44-das-demandas-de-saade-contra-o-estado/404573. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁸⁵ Informação disponível em: blog.tribunadonorte.com.br/poderjudiciario/sus-mediado-evitou-judicializacao-de-50-dos-atendimentos-contra-o-estado-no-primeiro-semester-de-2018/7705. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁸⁶ A CAMEDIS foi instituída em 2013 através da Portaria Conjunta nº 01/2013 da Secretaria de Saúde do Distrito Federal e Defensoria Pública do Distrito Federal, tendo como objetivo a realização de reuniões para conciliação e mediação entre pacientes usuários do SUS e os gestores da rede pública de saúde do Distrito Federal. O foco é evitar a judicialização de conflitos sanitários. Informação disponível em: <https://premioinnovare.com.br/proposta/camara-permanente-distrital-de-mediacao-em-saude-camedis-20140529161411548390/print>. Acesso em: 27 nov. 2018.

valores dos procedimentos de saúde deferidos, até multas por atraso, custas, honorários e demais despesas do processo. Como também, o próprio Poder Judiciário teve que disponibilizar recursos materiais e funcionais para atender ao aumento das demandas judiciais.

3.4 PRÁTICAS DE ESTREITAMENTO DAS RELAÇÕES ENTRE OS PODERES JUDICIÁRIO E EXECUTIVO

O diálogo, a comunicação e a discussão não são apenas parte do objeto de estudo da teoria da justiça, mas é difícil haver justiça sem discussão. “A natureza, a robustez e o alcance das próprias teorias propostas dependem de contribuições com base em discussões e debates”, defende Sen (2009, p. 89).

Com o fim de promover o debate, e estreitar a relação entre os Poderes, e como consequência, minimizar os efeitos negativos da judicialização à saúde e diminuir o número de demandas judiciais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde 2009, vem instituindo ações como promoção de seminários para discutir o assunto da judicialização da saúde; a edição de Resoluções, como a Resolução CNJ nº 107, que criou o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde e a Resolução nº 238 que dispõe sobre a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, que auxiliam os tribunais na criação dos NAT-JUS, Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, ferramenta técnica que auxilia os magistrados nas ações que envolvem o direito à saúde, com pareceres fundamentados da medicina baseada em evidências; a realização de audiências públicas para discutir a judicialização da saúde.

Em 2009, através da Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, o CNJ constituiu grupo de trabalho para elaborar estudos e propostas de medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Em 2010, através da Resolução nº 107, publicada em 06 de abril de 2010, criou o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a saúde para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde, funcionando por meio de seu Comitê Nacional, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

A edição destes atos se deu em decorrência da Audiência Pública nº 04, realizada pelo STF, em abril e maio de 2009, com a participação de 50 especialistas que ofereceram, segundo Hossepian Junior; Rocha (2018, p. 50) “subsídios para estudos por partes por parte dos Ministros da Suprema Corte, estimularam os diversos órgãos e entidades da União, em especial o próprio CNJ, a uma atuação mais efetiva em tema tão árido”.

O Fórum Nacional de Saúde é composto por magistrados, com a oitiva de especialistas na área de saúde, ou seja, há a participação neste, do Conass (Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde, Ministério da Saúde, Conasems (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), Anvisa e demais especialistas. Essa composição multifacetária do Fórum da Saúde enriquece os debates, favorecendo a proposição e concretização de projetos.

Fruto das discussões do Fórum de Saúde, pode-se destacar a proposição de atos normativos do CNJ como a Recomendação nº 36/2011, de 12 de julho de 2011⁸⁷, recomendação nº 43/2013, de 20 de agosto de 2013⁸⁸, as jornadas de direito da saúde e a resolução nº 238, de 06 de setembro de 2016, entre outros,

Através da Resolução CNJ nº 238/2016 foram criados os Comitês Estaduais de Saúde que tem como uma de suas atribuições, auxiliar os Tribunais na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído por profissionais de saúde, que elaboram pareceres técnicos fundamentados na medicina baseada em evidências.

Através do Termo de Cooperação nº 21/2016, firmado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, foi criado o Sistema e-Nat-Jus, tendo como objetivo capacitar os profissionais da área médica que compõe os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NatJus, através do Banco Nacional de Pareceres.

Em 2018, foi assinado um segundo Termo de Cooperação entre o CNJ e o Ministério da Saúde, propiciando o Nat-Jus Nacional, que é uma ferramenta que foi agregada ao sistema e-Nat-Jus, onde os magistrados podem se utilizar de um serviço com diversos profissionais de saúde, durante 24 horas, sete dias por semana, avaliando demandas judiciais e emitindo pareceres técnicos com base na medicina baseada em evidências, auxiliando os magistrados.

⁸⁷Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar.

⁸⁸Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.

Essa consultoria técnica é realizada por profissionais de várias especialidades, indicados pelo Hospital Israelita Albert Einstein. Todo parecer técnico emitido será armazenado na plataforma digital, ficando disponível para que outros magistrados possam consultar o documento para análise de casos análogos.⁸⁹ O sistema e-Nat-Jus e a ferramenta Nat-Jus Nacional foram regulamentados por meio do Provimento nº 84/2019, de 14 de agosto de 2019, da Corregedoria Nacional de Justiça.

Logo, os magistrados estaduais e federais com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, poderão solicitar apoio técnico tanto ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) do seu Estado ou ao NAT-JUS Nacional, inclusive durante os plantões judiciais, é o que disciplina o art. 1º do Provimento n. 84/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça.

Essas ferramentas proporcionam assistência técnica aos magistrados, com celeridade e segurança, uniformizando os pareceres, já que a partir da criação do NAT-JUS Nacional, os NAT-JUS Estaduais ao emitir um parecer deverão anexar no Banco Nacional de Pareceres, o que minimizará o número de decisões conflitantes.

Em Sergipe, o NAT/JUD – Núcleo de Assessoramento Técnico do Judiciário foi instituído através do Acordo de Cooperação Técnico nº 031/2016, assinado em 30 de novembro de 2016, e celebrado entre o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, a Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe, a Secretaria Estadual da Saúde de Sergipe, Procuradoria-Geral do Município de Aracaju e a Secretaria Municipal de Saúde de Aracaju. O NAT/JUD foi instituído nos termos da Resolução CNJ nº 238/2016, sendo uma instância colegiada, de natureza consultiva, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, tendo como objetivo assessorar o Poder Judiciário Estadual, com subsídios técnicos nas demandas relativas ao direito à saúde em face do SUS.

Hossepian Júnior; Rocha (2018, p. 53) afirmam que

“na questão de saúde, as novas tecnologias se expandem em velocidade supersônica. Todos os dias as pesquisas científicas nos trazem novos medicamentos e procedimentos. Por isso, quanto mais ferramentas dispuser o magistrado para auxiliá-lo na análise dos pedidos que lhe são ofertados, mais próximo do ideal de Justiça será a decisão. A justiça em prol do paciente que busca a cura ou melhor qualidade de vida, bem como a justiça no trato do orçamento público, pois se saúde é um direito individual, e os Tribunais Superiores assim já decidiram, também é um direito coletivo. Portanto, a questão orçamentária há ser cuidada em prol do conjunto dos usuários do sistema.

⁸⁹Informações disponíveis em <https://www.conass.org.br/pedidos-urgentes-de-remedios-a-justica-passarao-por-analise-de-medicos/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

Além das Resoluções nº 238 e 107, já citadas, o CNJ, em 19 de setembro de 2019 aprovou a resolução CNJ nº 296, que criou e revogou Comissões Permanentes no âmbito do CNJ, atribuindo no seu art. 9º, as atribuições da Comissão de Solução Adequada de Conflitos, que possui, entre suas atribuições coordenar e acompanhar o desenvolvimento da Política Judiciária Nacional de tratamento adequada dos conflitos e das demais políticas voltadas à implementação dos métodos consensuais de solução de conflitos, a desjudicialização dos processos, bem como à prevenção dos litígios mediante medidas de incentivo à desjudicialização.

Várias iniciativas de diálogos institucionais estão sendo instituídas no país. Em maio e abril de 2009, foi realizada a Audiência Pública n. 04, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores, procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS, pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde. Foram discutidos, entre outros pontos: a responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde, obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública, obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes, obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos protocolos clínicos do SUS, obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS e fraudes ao Sistema Único de Saúde. Os dados levantados na Audiência Pública estão arquivados na Presidência do STF e podem ser utilizados por todos os Ministros da Corte na elaboração de decisões e votos.

Em dezembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal realizou a audiência pública com o tema “Justiça e Saúde”, tendo a participação de 32 entidades e personalidades. Outras audiências públicas estão sendo realizadas, como na Comissão de direitos humanos no Senado Federal, que em 22/10/2019, debateram a redução na disponibilidade de medicamento de alto custo pelo SUS.⁹⁰

Além das audiências públicas, estão sendo realizadas jornadas, congressos, fóruns temáticos para discutir o direito à saúde. Como exemplo, no estado do Amazonas, a assinatura,

⁹⁰ Informação disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/21/reducao-de-medicamentos-de-alto-custo-sera-tema-de-audiencia-publica-na-cdh>. Acesso em: 30 out. 2019.

em 2018, de um termo de cooperação técnica, jurídico-científica e pedagógica entre a Escola Superior da Magistratura do Amazonas (Esmami), Defensoria Pública (DPE- AM) e Procuradoria Geral do Estado do Amazonas (PGE-AM), para a realização de cursos e programas de atualização dos magistrados, defensores públicos, procuradores do Estado e servidores desses órgãos, tendo como primeiro encontro um evento que discutiu a judicialização da saúde, no evento Diálogos Institucionais: novos parâmetros sobre a questão da judicialização da saúde.

Como resultado da Audiência Pública nº 04, realizada pelo STF em 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho, que culminou na aprovação da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 06 de abril de 2010, foi publicada a Resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum de Saúde. Em 18 e 19 de novembro de 2010 foi realizado em São Paulo, o I Encontro do Fórum Nacional da Saúde, onde foram ouvidos gestores da área de saúde, representantes de planos privados, autoridades e especialistas em direito sanitário. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e ações resultantes das relações de consumo.

Apesar dessas iniciativas referidas de estreitamento entre os Poderes Judiciário e Executivo, sem o afastamento dos agentes quase racionais como os hábitos, experiências pessoais, fatores emocionais, culturais, sociais, cognitivos, psicológicos, comportamento dos outros, a manutenção do *status quo*...entre outros visualizados no capítulo 02 desse estudo, permanecerão decisões desprovidas de racionalidade, ou seja, que desconsideram as notas técnicas, o contraditório, os argumentos técnicos, em detrimento da vida identificada no processo.

Daniela de Cássia Domingues e Mariana Michel Barbosa, em seu artigo Utilização das notas técnicas nos processos judiciais do Estado de Minas Gerais⁹¹, elaboraram uma pesquisa acerca dos pedidos judiciais para a concessão do medicamento Enoxaparina, no Estado de Minas Gerais.

Iniciando o estudo, as autoras apresentaram as alternativas medicamentosas: a heparina, a enoxaparina e a dalteparina.

⁹¹DOMINGUES, Daniela de Cássia; BARBOSA, Mariana Michel. Utilização das notas técnicas nos processos judiciais do Estado de Minas Gerais. In: CONASS. **Coletânea Direito à Saúde. Boas Práticas e Diálogos Institucionais**. Volume 03, p. 56-69. Brasília: CONASS, 2018.

Afirmam (2018, p. 58 e 59) que “a heparina se ligam a antitrobina alterando sua forma e aumentando sua interação com fatores de coagulação e protombina.” Elas se dividem em não fracionadas (HNF) e fracionadas ou de baixo peso molecular (HBPM), e ambas são prescritas pra trombopprofilaxia durante a gravidez. A Enoxaparina sódica é uma heparina de baixo peso molecular, possuindo ação anticoagulante, com primeiro registro sob o nome comercial Clexane, pela empresa Sanofi-Aventis Farmacêutica LTDA. Afirmam, ainda, que esse medicamento não era fornecido pelo SUS no ano de 2015 e a bula da enoxaparina não possui indicação para o uso em mulheres gestantes, apresentando categoria de risco C na gravidez, “ou seja, não apresenta evidências de segurança do uso nem em animais e nem em mulheres grávidas”. Entretanto, o seu “uso *off-label* para profilaxia do tromboembolismo venoso (TEV) em gestantes já estava consolidado na prática médica”. Já a dalteparina, HBPM também, comercializada pelo nome comercial Fragmin, estava incluída na RENAME.

Ocorre que, em que pese a dalteparina fosse dispensada em todas as unidades de saúde de Minas Gerais, por ser um medicamento que conste na lista da RENAME, havia um alto índice de pedidos judiciais de concessão da enoxaparina.

Domingues; Barbosa (2018, p. 59) relatam que “a principal referência nacional para o manejo de gestantes com trombofilias no país corresponde ao Manual Técnico para Gestação de Alto Risco, publicado pelo Ministério da Saúde em 2012” e que este recomenda o esquema terapêutico com heparinas de baixo peso molecular, dentre elas: a enoxaparina 40mg/dia ou dalteparina, 5.000 UI por dia. Ou seja, tanto a enoxaparina quanto a dalteparina são eficientes terapeuticamente falando para o combate à trombofilia em gestantes.

Afirmam, ainda, (2018, p. 59) que a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo elaborou parecer técnico comparando a eficácia do uso da enoxaparina sódica e a dalteparina sódica e não identificaram diferenças significantes entre elas quanto à efetividade na trombopprofilaxia e nem quanto à segurança, recomendando o uso da dalteparina por estar incluída na RENAME e disponível em todas as unidades de saúde.

Pois bem, o estudo quantitativo transversal de avaliação dos processos judiciais do estado de Minas Gerais elaborado pelas autoras data do ano de 2015, tendo no polo ativo dos processos analisados, gestantes, ou seus representantes, solicitando judicialmente o medicamento enoxaparina, e no polo passivo somente o Estado ou Estado e Município, tendo como fonte de dados a planilha excel do banco de dados do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde de Minas Gerais (NAJS/SES-MG), extraindo da planilha 171 processos

judiciais, sendo destes 138 sobre gestantes. Foram excluídos os mandados de segurança e os processos de competência da Justiça Federal, totalizando 125 processos objetos do estudo.

Como resultado as autoras verificaram (2018, p. 61) que apesar dos processos estarem distribuídos em comarcas diferentes, observou-se uma maior concentração em algumas, demonstrando que um dos pontos negativos do fenômeno da judicialização é que ele é predominantemente utilizado por parcela da população com melhores condições socioeconômicas, por possuir maior acesso às informações, ocasionando desigualdades e distorções nas políticas públicas de saúde, que em tese são universais e equânimes.

Que dos 125 processos analisados, em todos houve o deferimento de antecipação de tutela. Em apenas 07 processos, na tutela antecipada foram mencionadas informações técnicas acerca da evidência científica e/ou indicada alternativa terapêutica ao medicamento requerido. Das 125 tutelas deferidas, somente em um processo não foi considerado o pedido da autora e foi deferido a dalteparina.

Destes 125 processos estudados, no ano de 2015, 37 sentenças foram proferidas, 25 procedentes e 12 processos foram extintos. Das 25 procedentes, em 13 foram mencionadas notas técnicas, sendo em uma sentença deferida alternativamente os fármacos enoxaparina ou dalteparina e o pedido era exclusivamente de enoxaparina.

As autores relatam (2018, p. 63), ainda, como conclusão do estudo que a maior parte das decisões analisadas, sentenças e tutelas antecipadas, decidiram com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 e pela Lei nº 8.080 de 1990 e na minoria das vezes, foram mencionadas temas como medicina baseada em evidências, protocolos clínicos, diretrizes, alternativas terapêuticas e citadas as notas técnicas apresentadas pela defesa. Afirmam que

“percebe-se a utilização de decisões padronizadas, sem demonstração de conhecimentos de políticas públicas, afastando-se dos princípios norteadores do Direito, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, em que é premente a fundamentação substancial das decisões”.

Domingues; Barbosa (2018, p. 64) defendem, ainda, que

“ficou claro na pesquisa que, em pouquíssimas vezes, para a concessão da tutela antecipada, os juízes lançaram mão das informações ou notas técnicas. Na maioria das vezes, só deram valor para o relatório médico apresentado pela parte autora. É o viés emocional imprimido nos julgamentos, que muitas vezes os cega, abafando o princípio do contraditório e da ampla defesa. O juiz não pode ficar refém da caneta do médico. Sem deixar de falar que os prescritores são alvos do marketing da indústria farmacêutica.”

(..)

“Dos 125 processos estudados, em todos, houve o deferimento da antecipação de tutela, sendo que, em 68%, o medicamento enoxaparina foi concedido, e somente em 8% consentiram a dalteparina. Já nas 23 sentenças proferidas analisadas, 43,4% foram condenados ao fornecimento de enoxaparina e 26%, de enoxaparina ou dalteparina”.

As autoras também chamam a atenção para o fato de que nenhum médico, nesse estudo, prescreveu somente a dalteparina, medicamento oferecido pelo SUS. Indagam se seria por mero desconhecimento dos protocolos públicos ou da literatura médica ou por serem seduzidos pela indústria farmacêutica, e defendem que esses questionamentos devem ser estudados.

Ou seja, o estudo demonstrou que o Poder Judiciário deferiu um medicamento quando outro com mesma eficácia terapêutica era disponibilizado pelo SUS, causando custos excessivos aos cofres públicos e por conseguinte, realocação de recursos. O produto da judicialização à saúde é uma aquisição não programada, não pertencente ao planejamento normal do SUS, resultando em gastos com processos administrativos de dispensa de licitação, concorrendo com o normal abastecimento do sistema.

Domingues; Barbosa (2018, p. 65) afirmam que “é preciso um julgamento técnico, robusto de informações da temática, para se alcançar a racionalização da judicialização da saúde”.

Como já mencionado neste estudo, o fenômeno da judicialização à saúde precisa ser repensado, pois da forma como vem sendo desenvolvido não traz benefícios a sociedade, ao contrário, realoca recursos para atender demandas individuais, ao invés de atender a coletividade, ferindo a igualdade e a fraternidade social.

CONCLUSÃO

Esse é um momento de reflexão, discussão e de ação.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) qualificou a saúde como um direito fundamental, garantido pela interação dos três entes federativos: União, Estado, Distrito Federal e Municípios, passando a integrar o mínimo existencial do indivíduo.

Com o fim de garantir o acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação à saúde, a CF previu uma estrutura pública, o Sistema Único de Saúde (SUS), composto por todos os entes federativos através de uma rede interfederativa de serviços, devendo ser capaz de garantir ao cidadão o seu direito à saúde, de forma igualitária e universal. O SUS é regido pelos princípios da universalidade, equidade e integralidade.

Buscando atingir o atendimento democrático e ordenado, o SUS organiza-se através de protocolos, com ações preventivas e curativas. Há portas de entrada disciplinadas e regulamentadas; sistema de regulação de acesso aos serviços de saúde, como leitos hospitalares, tratamento fora do domicílio (TFD), transplantes; hospitais credenciados por tipo e gravidade da enfermidade; padrão de integralidade; protocolos específicos de pesquisa e teste de novos tratamentos, entre outros. Ou seja, existem regras e paradigmas de utilização disponíveis a toda a sociedade, permeadas no princípio da igualdade que norteia o próprio sistema.

O padrão de integralidade do SUS, através da RENAME e RENASES, baseado em medicina por evidência, é definido conjuntamente pela sociedade, Estado, através da CONITEC, com uma diversificada participação técnica e o controle social, através do Conselho Nacional de Saúde. O SUS está pautado no princípio institucional de participação da comunidade, pela democratização dos espaços decisórios.

Com a constitucionalização do direito e em especial, a constitucionalização dos direitos fundamentais, gerando uma ampliação no princípio da legalidade e na interpretação judicial, aliado à dificuldade do Estado em prover os serviços relacionados à saúde e diante de um amplo e facilitado acesso à justiça e a ampliação do controle judicial, a sociedade passou a pleitear a intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas, através da judicialização de direitos.

Ocorre que, além dos milhares de processos judiciais em andamento, em virtude da retração econômica a qual o país se encontra, mais pessoas buscarão do Poder Executivo a efetiva garantia dos seus direitos sociais. Mais pessoas vão adentrar no serviço público de saúde,

por estarem mais pobres e mais doentes, em razão dos efeitos da crise e pelo aumento da expectativa de vida do brasileiro, que ocasionou a inversão da pirâmide populacional e a tripla carga de doença (doenças crônicas, infectocontagiosas e causas externas). As conquistas decorrentes da Reforma Sanitária, com o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental, não devem retroceder, com uma falência do Sistema Único de Saúde, previsto constitucionalmente em 1988.

É incontestável que o fenômeno da Judicialização da saúde ainda está em crescimento, não tendo se estabilizado, aumentando a cada ano o número de demandas judiciais nesse sentido, com crescimento muito superior ao do número total de processos.

Neste contexto, esse estudo trouxe como objetivo central investigar se é possível compatibilizar o direito individual fundamental à saúde, com o direito coletivo de sobrevivência do SUS agora e no futuro. Se é possível compatibilizar o direito individual ao direito de todos ao funcionamento do sistema público de saúde. Se a judicialização da saúde se mostra uma alternativa eficaz para a solução do problema da aplicabilidade dos direitos sociais.

Para solucionar essas questões foi visto que com a constitucionalização do direito Administrativo e a incidência dos princípios constitucionais, edificado no fundamento da dignidade da pessoa humana, houve uma alteração das relações entre a Administração e o administrado. O administrador passa a estar vinculado primordialmente à Constituição Federal e com isso, há alteração no princípio da legalidade, na discricionariedade administrativa, na ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos e na interpretação das leis administrativas que devem expressar os valores constitucionais.

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual.

Mas, significa dizer que o direito privado sempre prevalecerá, de forma abstrata, *a priori* e irrestrita?

Numa sociedade democrática, ambas as dimensões, pública e privada, são importantes para a consagração do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Tal colisão é matéria de estudo do presente trabalho ao se deparar o direito da coletividade de manutenção do Sistema Único de Saúde e o direito individual fundamental à saúde.

É possível compatibilizar as duas dimensões do direito à saúde, tal como previsto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) através da utilização da técnica da ponderação dos direitos.

Uma sociedade pautada no estado democrático de direito é conflitante com o totalitarismo, onde o interesse público secundário abstratamente prevalece, realidade contrária ao exercício dos direitos fundamentais, mas, da mesma forma vai de encontro à desvalorização total do interesse público coletivo em face do particular, principalmente diante de uma Constituição social como a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Como todo e qualquer direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto, não podendo ser exercido em detrimento da ordem pública ou do desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

A execução de um direito individual não pode inviabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que a Constituição Federal o imputou. O direito individual à saúde não pode impedir o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) admite a restrição a direitos fundamentais como condição de subsistência de outros direitos e interesses, individuais e coletivos. O direito fundamental coletivo à saúde representado pela sobrevivência do SUS é um direito de interesse coletivo e individual.

Logo, vários fatores devem ser considerados no julgamento de processos judiciais relacionados à saúde como a influência da indústria farmacêutica, os limites para a concessão, a teoria do custo dos direitos, o impacto no direito coletivo à saúde, o controle da atuação dos profissionais na área de saúde, a evidência científica do resultado útil do tratamento/medicamento requerido, o direito de terceiros, entre outros. A análise quanto ao tema saúde pública não pode ser unicamente jurídica, já que questões de ordem pública, econômica e social estão diretamente envolvidas.

O SUS é um avanço histórico e deve ser defendido diante da importância representada para a saúde pública brasileira. A interpretação de que cabe ao Estado a prestação irrestrita de qualquer serviço de saúde requerido, sem limites, principalmente diante da dimensão continental do país, contemplando um grande número de programas, deve ser repensado.

Foge dos objetivos do Sistema Único de Saúde e do que dispõe a CF de 1988 (BRASIL, 1988), uma prestação de saúde não acessível a todos e não igualitária.

Realisticamente, não há a possibilidade de se conceder tudo a todos a todo tempo. Os direitos demandam custos e o orçamento é finito, logo resulta em uma escolha: o que é obtido e o que é sacrificado.

Não se trata de privilegiar recursos orçamentários ao direito à vida, mas de garantir que as políticas públicas permaneçam universais e equânimes, e de evitar a falência do Sistema Único de Saúde.

Decisões judiciais tomadas sem considerar circunstâncias fáticas como a escassez de recursos, o subfinanciamento do SUS, lei orçamentária em vigor, as políticas públicas em andamento, ocasionam realocação de recursos públicos. Recursos públicos que seriam utilizados em prol de toda uma comunidade para o atendimento de uma demanda individual.

Deverão prevalecer os requerimentos individuais de concessão de medicamentos e tratamentos na forma como vem sendo operacionalizada a judicialização à saúde atualmente, ou à manutenção do sistema de saúde público, o SUS, com vários serviços disponibilizados, como serviços epidemiológicos, ambientais, vigilância sanitária, hospitalar, prevenção, saúde básica e também de concessão de medicamentos e tratamentos? Deverão prevalecer os requerimentos individuais de concessão de medicamentos e tratamentos na forma como vem sendo operacionalizada a judicialização à saúde atualmente, atendendo unicamente pessoas isoladas ou deverá prevalecer a concessão de medicamentos ou tratamentos a toda a população, através da RENAME e RENASES, respeitando a igualdade? É preciso assumir que existem perdas e ganhos e decidir o que é mais importante, o que é obtido ou o que é sacrificado para obtê-lo.

Logo, a escassez de recursos, a necessidade de se fazer escolhas, o subfinanciamento do SUS, ou seja, a interdisciplinariedade entre direito e economia, através da análise econômica do direito deve ser avaliada nas demandas judiciais concernentes ao direito à saúde.

A análise econômica do direito está relacionada ao uso das ferramentas da economia nas normas jurídicas, interpretando o ordenamento jurídico através de escolhas racionais, compreendendo os efeitos das normas, as consequências indesejáveis ou involuntárias.

Ao analisar a consequência das decisões judiciais relacionadas ao direito à saúde, visualiza-se que estas estão indo de encontro ao preceituado pela nossa Constituição Federal, posto se tratar de uma constituição social, sendo a igualdade uma meta a ser perseguida pelo Estado. Essa visão individualista, concedendo primazia aos direitos individuais frente aos coletivos, vai de encontro ao ordenamento constitucional brasileiro.

Além da necessidade de se analisar a questão do custo do direito e do financiamento, o comportamento humano, influenciado por questões psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes, culturais, religiosas, sociais, hábitos, experiências pessoais, comportamento de outros, são cruciais no processo decisório.

Partindo da teoria clássica econômica, do *homo economicus*, foi desenvolvida a abordagem da economia comportamental, decorrente da incorporação de estudos no campo da psicologia, da neurociência e de outras ciências sociais.

Ela amplia a abordagem econômica tradicional de que o homem é um tomador de decisão racional, sugerindo que na prática a realidade é diferente, pois o ser humano decide com base em hábitos, experiências pessoais, sendo influenciados por fatores emocionais, culturais, sociais, cognitivos, psicológicos e pelo comportamento dos outros nas decisões econômicas.

Partindo do conceito social, o comportamento humano é moldado a partir de dois sistemas distintos: automático e reflexivo. O impulso automático e instintivo nos leva a cometer erros pela não análise acurada do processo.

Muitas decisões são tomadas sem a análise das informações disponíveis, ou seja, baseadas unicamente em aspectos contextuais, levando a escolhas apartadas das que estariam mais de acordo com o objetivo que gostariam de atingir. Muitas decisões são parciais, com erros previsíveis, apresentando forte tendência a seguir o status quo ou a aceitar a opção padrão.

São inúmeras as decisões dos Tribunais Brasileiros de que quando a saúde e a vida estão em pauta, o orçamento é uma questão menor e o impacto daquela decisão nas políticas públicas e na coletividade, na realocação de recursos que seriam destinados a todos para a destinação exclusiva a um indivíduo. Decisões que reconhecem a aplicabilidade imediata do direito à saúde, com a justificativa de omissão do Poder Público em cumprir seu dever de promover o direito à saúde, violando a dignidade da pessoa humana. Decisões que concedem medicamentos e tratamentos não previstos no SUS, de alto custo, isoladamente. Decisões que deferem tratamentos cirúrgicos a serem realizados por médicos particulares, em hospitais particulares, a pacientes que não procuraram as portas de entrada do SUS. Ocorre que o SUS é regido pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade. Foge dos objetivos do Sistema Único de Saúde e do que dispõe a CF de 1988 (BRASIL, 1988), uma prestação de saúde não acessível a todos e não igualitária.

Ao deferir um pedido referente ao direito à saúde sem analisar todo o contexto, ou seja, sem conhecimento do planejamento e necessidades do sistema de saúde, sem analisar o custo

para o sistema, sem visualizar o direito de terceiros que será impactado por essa decisão, impacta negativamente todo o sistema, por não avaliar sua decisão judicial como uma forma de atender a todos isonomicamente, mas a um indivíduo, que por vezes, utiliza o Judiciário como porta de entrada ao Sistema Único de Saúde, burlando a fila existente, sem urgência ou emergência, ou para concretizar um tratamento não dispensado pelo seu plano de saúde privado.

E dentro do direito à saúde, o SUS é responsável não só pela concessão de tratamentos e medicamentos, mas engloba a atenção básica, média e de alta complexidade, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental. Não considerar o todo, ocasionará a descapitalização e a desorganização das políticas públicas de saúde voltadas para a coletividade.

Há uma tendência nacional de deferir todos os pedidos no campo do direito à saúde, independentemente do argumento contrário apresentado.

O direito de pessoas não visíveis no processo deve ser analisado na decisão judicial. É irracional decidir somente sob o efeito da vida identificada, ou seja, o tutelado, mas se faz necessária uma reflexão sobre o impacto desta decisão para a coletividade. É preciso visualizar que vidas são afetadas com aquela decisão.

As ações judiciais identificam as pessoas que serão ajudadas com a concessão do medicamento/tratamento requerido, enquanto o argumento de falha nas políticas públicas identifica a coletividade, “vidas estatísticas”. Logo, a tendência é a concessão do requerimento da vida identificada em detrimento da vida estatística.

Em um mundo ideal, haveria sempre o número de vagas necessárias para o atendimento de toda a população, haveria recurso suficiente para atender a todos a qualquer tempo, mas no mundo real, onde o recurso é limitado, as decisões devem ser pautadas em escolhas.

Uma decisão justa deve ter um alcance universal, ela deve ser pautada na argumentação racional, devendo ser analisado minuciosamente todos os pontos apresentados como argumentos, devendo, ainda, ser imparcial, não refletindo juízos preconcebidos ou preconceitos. O uso da razão é um traço importante da busca da justiça.

A teoria da Economia Comportamental é utilizada tanto para explicar nossos comportamentos, nos levando a entendê-los e a buscar a racionalidade, como para criar nudges.

A Teoria do Nudge aplica conhecimentos da economia comportamental como ferramenta para guiar as decisões com melhores resultados. O nudge influencia o comportamento das pessoas, sem ser intrusivo, pois não cria impedimentos ou obstáculos às

escolhas, não é uma ordem. Eles induzem as pessoas a seguir caminhos que melhorarão sua vida. Um nudge significa dar um empurrãozinho, cutucar, estimular um comportamento, incentivar. É o movimento paternalismo liberário, a liberdade de escolha, mas com a influência no comportamento das pessoas no sentido de melhorar a vida.

No Setor Público, essa arquitetura de escolhas é bastante útil, principalmente nas políticas de prevenção. Essas políticas custam muito pouco, ou nada, ou seja, não tem impacto na carga tributária dos contribuintes.

Assim, é possível utilizar a Teoria Econômica e Comportamental não só para analisar institutos, mas também para influenciar o comportamento positivo.

Diante do analisado neste estudo, é certo que o processo de judicialização precisa ser repensado, pois da forma como vem sendo materializado não traz benefícios a sociedade, ao contrário, realoca recursos para atender demandas individuais, ao invés de atender a coletividade, ferindo a igualdade e a fraternidade social.

Ele não melhorou o sistema de saúde pública do Brasil, afirmação constatada ao se analisar o relatório analítico propositivo Justiça Pesquisa, Judicialização da saúde no Brasil do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019) que retratou o crescimento do número de ações judiciais, sem, contudo, ser possível visualizar melhora na efetivação do direito à saúde.

Políticas de desjudicialização estão sendo implementadas com o fim de equacionar os efeitos negativos da judicialização da saúde. Práticas vêm sendo instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça, pelos entes públicos e pelos Tribunais de Justiça, objetivando uma maior interação entre os Poderes Judiciário e Executivo. Para tanto, ações como a promoção de seminários, realizações de audiências públicas e a edição de Resoluções pelo CNJ, como a Resolução CNJ n° 107, que criou o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde e a Resolução n° 238 que dispõe sobre a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, que auxiliam os tribunais na criação dos NAT-JUS, Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, estão sendo implementadas.

Como também, o novo CPC (BRASIL, 2015) entrou em vigor em 2015 e após quatro anos de sua instauração, já é possível visualizar através do seu sistema de precedentes, uma padronização nos critérios de imposição judicial de concessão de tratamento. A criação de paradigmas para a judicialização compatibiliza justiça e segurança jurídica.

Na esfera extrajudicial, o tema vem sendo tratado de forma multidisciplinar, e medidas de desjudicialização vem sendo instituídas, através da criação de câmaras de mediação e conciliação, previstas no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e na Lei n° 13.140/2015

(BRASIL, 2015), com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tendo como resultado o melhor tratamento para o tutelado, aliado ao custo razoável e suportável pelo sistema, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

A mediação nos espaços administrativos valoriza o diálogo e a composição, sendo uma alternativa para a desjudicialização e para a efetiva prestação de saúde. Com a mediação alguns problemas gerados com a judicialização são minimizados como a criação de filas paralelas, impacto nos princípios que regem o Sistema Único de Saúde, desatenção à capacidade gerencial do sistema, não utilização das políticas públicas existentes no sistema, desorganização do SUS, não atenção aos protocolos e a regulação do sistema, redução dos custos ocasionados pela judicialização e economia para todos os entes envolvidos na judicialização.

A mediação importa também benefícios ao paciente/postulante principalmente quanto à celeridade, acompanhamento do tratamento pelo SUS e principalmente em relação aos pacientes, que estão na mesma situação do tutelado e não integram a ação judicial.

Desta forma, a solução é a desjudicialização. A judicialização da saúde da forma como hoje é conduzida não resolveu e não resolverá os problemas da concretização das políticas públicas de saúde. Ao contrário, vem ampliando as desigualdades existentes quando privilegia um em detrimento de todos, indo de encontro aos preceitos constitucionais e à finalidade maior das políticas públicas que é diminuir as desigualdades. O diálogo e aproximação entre os entes, aliado a novas formas de solução de conflitos e a necessidade de um esforço conjunto são necessários para a concretização desse direito e uma melhora na saúde pública do Brasil.

Deverá haver um equilíbrio entre a judicialização do direito à saúde e o orçamento público, mantendo a autonomia e independência dos poderes Legislativo e Executivo para a efetivação desse direito.

A atuação do Poder Judiciário deve servir para reconduzir a Administração aos ditames postos pela Constituição e não para interferir e desorganizar as suas políticas públicas ou se tornar a principal porta de acesso à saúde.

Além do que, os recursos são finitos. Não há como atender a todas as exigências de todos em relação à prestação do direito à saúde.

A efetivação do direito prestacional à saúde está vinculada às decisões orçamentárias. É com base nas previsões orçamentárias que o Estado pode planejar as políticas públicas de saúde.

A judicialização da saúde como hoje é disseminada, ignorando a questão dos custos do direito, traz prejuízos inigualáveis à população, gerando mais caos no sistema de saúde. E

os mais prejudicados com essa atuação são os que menos têm acesso a justiça e os que mais precisam das políticas públicas de saúde, os mais necessitados.

É certo que a Administração Pública, através da União, dos Estados e dos Municípios, deve estruturar e capacitar o Sistema Único de Saúde, o SUS. Mas é certo também que se deve ser repensada a forma com que vem sendo conduzida a excessiva judicialização da saúde, qualificando-a. Não cabe ao Judiciário adentrar no procedimento administrativo, desorganizando o SUS, infringindo os protocolos existentes, realocando recursos sem criação de novos, determinando compra de medicamento ou realização de tratamentos não previstos no padrão de integralidade sem fontes de custeio, sem conhecimento do planejamento do Poder Executivo para a área da saúde e da real necessidade da população, sem foco na medicina baseada em evidências. Os protocolos do SUS não são os únicos meios de acesso à saúde, mas os preponderantes.

Ao conceder uma medida judicial individual que afeta o funcionamento do sistema, atingindo terceiros não integrantes no processo, o juiz permite que mais injustiça ocorra, pois esta decisão alcançará pessoas não vistas em sua sentença, indo de encontro à finalidade precípua das políticas públicas que é a diminuição das desigualdades sociais.

Como o Sistema Único de Saúde é universal, necessário se faz que as ações estatais sejam disponibilizadas a todos que estejam em situação semelhante, evitando assim a garantia de privilégios, a não distribuição equânime dos serviços públicos de saúde e a desobediência ao princípio da igualdade.

Se houver falha na execução destes por parte do Poder Público ou se necessário mudar algum protocolo existente, o Poder Judiciário deverá intervir, não se tratando de excesso de judicialização.

Desta forma, as políticas públicas não serão reduzidas somente à concessão de medicamentos e tratamentos, segundo o interesse de cada pessoa que se encontre doente e procurou o Judiciário, mas continuarão a atender o coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU NETA, Rachel Freire de. Análise crítica da escassez de recursos: um possível limite à efetivação dos direitos sociais. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. Vol. 2, n. 3, out. 2013, p. 129-141. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146813>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- ALMEIDA, Sérgio. **Economia comportamental e as contribuições de Richard Thaler**. 2017. Disponível em: www.jornal.usp.br. Acesso em: 10 nov. 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In: Interesses públicos versus interesses privados. Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Organizador: Daniel Sarmento. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- ATALLAH, Álvaro Nagib. **Medicina baseada em evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica**. Artigo disponível em: http://www.centrocochranedobrasil.org.br/apl/artigos/artigo_516.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. *In: Interesses Públicos versus interesses privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Organizador: Daniel Sarmento. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Dezembro, 2010. Disponível em: luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 22 nov. de 2018.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 22 jul. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (SYN)THESIS**. Vol. 05, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 22 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.**

Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: **Interesses Públicos versus interesses privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Organizador: Daniel Sarmiento. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria n° 650, de 20 de novembro de 2009**. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n° 36, de 12 de julho de 2011**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/847>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n° 43, de 20 de agosto de 2013**. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1823>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 107, de 06 de abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 20 nov. 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 238, de 06 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n° 296, de 19 de setembro de 2019**. Cria e revoga Comissões Permanentes no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original184704201910245db1f1a800ba3.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n° 84, de 14 de agosto de 2019**. Dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/provimento-842019-cnj-nat-jus.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto n° 7508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5°, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 15 maio 2019

BRASIL. **Lei n° 8080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. **Lei n° 8142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n° 8689, de 27 de julho de 1993**. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de julho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no

âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 31 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório de Gestão 2018**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe 04/05/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.069.810**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 06/11/2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão da Tutela Antecipada nº 175**. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 21 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581488**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604151>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 605533**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3791720>. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 607582**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3819070>. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 713241**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22854483/recurso-extraordinario-re-713241-m-stf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855178**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356> Acesso em: 20 abr. 2019

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 4304**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22939255/suspensao-de-seguranca-ss-4304-ce-stf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Agravo de Instrumento nº 201800821338**. Relator: Dr. Marcel de Castro Britto. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Agravo de Instrumento nº 201900730566**. Relator: Dr. Marcel de Castro Britto. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Agravo de Instrumento nº 201900807045**. Relator: Desembargador José dos Anjos. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Cível nº 201900814982**. Relator: Desembargador José dos Anjos. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>. Acesso em: 30 dez. 2019.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde. *In*: CONASS. **Coletânea Direito à Saúde. Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Vol. 02, p. 26-50. Brasília: CONASS, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso Campos. **Judicialização na Saúde: para sair da superficialidade é preciso enfrentá-la**. Disponível em: <http://www.idisa.org.br/img/File/DOMINGUEIRA%202016/Domingueira%20da%20Sa%C3%BAde%20-%20026%202016%20-%2004%2009%202016%20ANEXO%20JUDICIALIZAC%C3%83O%20NA%20SA%C3%9ADE%20PARA%20SAIR%20DA%20S>

UPERFICIALIDADE%20C3%89%20PRECISO%20ENFRENT%C3%81-LA.pdf.
Acesso em: 25 de jun. 2017.

CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. A diretriz constitucional de participação social no SUS. *In: CONASS. Coletânea Direito à Saúde. Institucionalização*. Volume 1, p. 44-54. Brasília: CONASS: 2018.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil. Um ponto cego do Direito?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

CARVALHO, Gilson. **Saúde Pública**. 2013. Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/02.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**. Vol. 4, n. 2, julho de 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/81181>. Acesso em: 15 jul. 2019.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**. V. III, october 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

COELHO, Larissa. Os novos Constitucionalismos. **Revista do Direito**. V.1, n. 57. P. 182-190. Santa Cruz do Sul: jan/abr. 2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6th edition. Boston: Pearson, 2010.

CONASS. **Legislação Estruturante do SUS**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2011.

CNJ. **Relatório analítico propositivo Justiça Pesquisa, Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CNS. **Resolução nº 407, de 12 de setembro de 2008**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de março de 2009. Disponível em:
https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2008/Reso_407.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83106, jan./jun. 2012.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Revista Saúde Debate**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr/jun 2015.

DOMINGUES, Daniela de Cássia; BARBOSA, Mariana Michel. Utilização das notas técnicas nos processos judiciais do Estado de Minas Gerais. In: CONASS. **Coletânea Direito à Saúde. Boas Práticas e Diálogos Institucionais**. Volume 03, p. 56-69. Brasília: CONASS, 2018.

EL DIB, Regina Paolucci. **Como praticar a medicina baseada em evidências**. Artigo disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; LIMA, Renata Albuquerque. Teoria Constitucional em mutação: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade. **Revista Brasileira de Direito**. Vol. 13, n. 3, p. 118-141, set-dez. Passo fundo: 2017.

GALDINO, Flavio. O custo dos direitos. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 139-222.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. **Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3ª edição. Vozes: Petrópolis, 1999.

GLOBERKNER, Osmir Antônio. Racionalidade econômica, escolhas trágicas e o custo dos direitos no acesso à saúde. **Diké. Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**. v.16, 2017.1, p. 120-149.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

HONÓRIO, Cláudia. O custo dos direitos prestacionais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 6, n. 25, p. 145-159, jul/set. 2006.

HOSSEPIAN JÚNIOR, Arnaldo; ROCHA, Rodrigo Silva. O Judiciário e a questão da saúde: a busca de uma judicialização qualificada e de soluções negociadas – um projeto do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. In: CONASS. **Coletânea Direito à Saúde. Boas Práticas e Diálogos Institucionais**. Volume 03, p.48-55. Brasília: CONASS, 2018.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões críticas sobre a viabilidade de um “Constitucionalismo do futuro” no Brasil: exegese valorativa. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. V.9, n. 9, p. 91-112, Curitiba, jan/jun. 2011.

LESSA, Pablo Henrique Cordeiro; MARTINI, Sandra Regina. O ativismo judicial e a intervenção do Poder Judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica – CCJ**. V. 21, n. 44, p. 5-24, jan/abr. 2017.

LIMA, Patricia Araújo; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Judicialização da saúde: supressão dos efeitos negativos através da participação administrativa e do estreitamento das relações entre os Poderes Judiciário e Executivo. **Revista da AGU**. Volume 18, nº 01, jan/mar. 2019.

MACHADO, Clara Cardoso. **Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional do orçamento**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto. 2010.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno**. Disponível em: https://www.academia.edu/4564092/limites_e_possibilidades_do_ativismo_judicial_a_luz_do_constitucionalismo_fraterno. Acesso em: 20 out. 2019.

MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista Estudos Institucionais**. Volume 4, n. 2, 2018, p. 774-796.

MARQUES, Rosa Maria. Notas exploratórias sobre as razões do subfinanciamento estrutural do SUS. **Revista Planejamento e Políticas Públicas. PPP**. N. 49, jul/dez. 2017, p. 35-53.

MATTOS, Ruben Araújo de. Os sentidos da Integralidade: algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. *In: Os sentidos da Integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Organizadores: Roseni Pinheiro e Ruben Araújo de Mattos. Disponível em: <https://www.cepesc.org.br/wp-content/uploads/2013/08/Livro-completo.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro**. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/2016/11/02/artigo-sobre-precedentes-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MICHEL, Voltaire de Freitas; MARTINI, Sandra Regina; DEITOS, Marc Antoni. O papel do instituto da repercussão geral do STF nos precedentes sobre direito sanitário. *In: O movimento entre os saberes. A transdisciplinaridade e o direito. Direito a saúde na sociedade em redes*. Organizadores: Ana Elizabeth Cavalcanti, Janaína Machado Sturza e Sandra Regina Martini. Editora Evangraf: Porto Alegre, 2018.

MONTESCHIO, Horácio. Diretrizes dos pactos pela saúde: defesa do SUS e Gestão eficiente. *In: MARTINI, Sandra Regina; STRUZA, Janaína Machado; FINCO, Matteo. (Org.) Direito à Saúde: ponte para a cidadania*. 1 ed. Porto Alegre: Evangraf, 2019, v.1, p. 108-121.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora: 2006.

NUNES, Antônio José Avelãs. Os Tribunais e o Direito à saúde. *In*: NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012.

OMS (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE). **Constituição**. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ONU. **Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais**. 1966. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

POSNER, Richard A. **Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law**. Chicago: 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/608/. Acesso em: 15 dez. 2019.

RÊGO, Tâmara Luz Miranda. **Medidas Alternativas e Desjudicialização da saúde: uma análise da situação no Estado da Bahia**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito para obtenção do título de Doutor Público, inserida na linha pesquisa Cidadania e Efetividade dos Direitos, área de concentração Direito Público. Orientador: Professor Doutor Saulo José Casali Bahia. Salvador: 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28151>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RIBEIRO, Wesllay Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 18, n. 3, p. 62-76, nov. 2017/fev. 2018.

SANTOS, Lenir. **Direito à saúde e a RENASES – Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde**. Disponível em: <http://blogs.bvsalud.org/ds/2012/09/19/direito-a-saude-e-a-renases-%E2%80%93-relacao-nacional-de-acoes-e-servicos-de-saude/>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida. Um mundo de corresponsabilidades e fazeres. *In*: **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas, SP: Saberes, 2010.

SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. 2006. Disponível em: <http://idisa.org.br/img/File/integralidade1.pdf>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Justiça do Direito**. V. 30, n. 2, p. 210-226, maio/ago. 2016.

- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. *In: Interesses Públicos versus interesses privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Organizador: Daniel Sarmento. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os Tribunais. *In: NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *In: Interesses Públicos versus interesses privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Organizador: Daniel Sarmento. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**. V. 45, n. 177, jan./mar. 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7. Acesso em: 17 jul. 2019.
- SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Revista Bioética**. 2017, v. 25, n. 02, p. 290 a 300. Disponível em: revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1365/1666. Acesso em: 20 nov. 2018.
- SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; MENDES, Ana Carolina Fontes Figueiredo. Controle judicial das políticas públicas e o direito fundamental à saúde no sistema jurídico brasileiro. *In: O movimento entre os saberes. A transdisciplinaridade e o direito. Direito a saúde na sociedade em redes*. Organizadores: Ana Elizabeth Cavalcanti, Janaína Machado Sturza e Sandra Regina Martini. Editora Evangraf: Porto Alegre, 2018.
- SILVA, Marco Aurélio Souza da; GONÇALVES, Everton das Neves. Direito e Economia na consecução de Políticas Públicas para saúde no Brasil: a public choice no orçamento, na judicialização e no ativismo judicial. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. V.3, n.2, p. 17-39, jul/dez. 2017.
- SIMON, Leticia Coelho. Desafio: concretização do Direito à saúde pública no Brasil. *In: Direito à Saúde. Para entender a Gestão do SUS*. 1.ed, p.18. Brasília: CONASS, 2015.
- SOARES, Hector Cury. Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo: jul/out. 2015, v. 16, n. 2, p. 29-51.

- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado. Novos paradigmas em face da globalização**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SOUZA, André Evangelista de; MEDICI, André; SOUZA, Carmino Antônio de; COVAS, Dimas Tadeu; AITH, Fernando; CARVALHO, Gilson; GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SANTOS, Lenir; CARVALHO, Marcelo Addas; WEICHERT, Marlon Alberto; BARIONE, Samantha Ferreira. **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.
- TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A análise econômica do Direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**. n.42, dez. 2014, p.181-222.
- THALER, Richard H. **Misbehaving. The making of behavioral economics**. New York: W. W. Norton & Company Ltd, 2015.
- THALER, Richard; BONDT, Werner F. M. De. Does the stock market overreact? **The journal of finance**. Vol. XL, n.3, July, 1985, p. 793-805. Disponível em: <http://efinance.org.cn/cn/fm/Does%20the%20Stock%20Market%20Overreact.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2020.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge. Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução Ângelo Lessa. 1 ed. Rio de Janeiro: Obejtiva, 2019.
- THALER, Richard H. **Misbehaving. A construção da economia comportamental**. Tradução de George Schlesinger. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.
- TORRONTGUY, Marco Aurélio Antas. **O Direito Humano à saúde no Direito Internacional: Efetivação por meio da cooperação sanitária**. Disponível em: http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=20&Itemid=96&lang=pt-br&cx=011662445380875560067%3Acack5lsxley&cof=FORID%3A11&hl=pt-br&q=direito+sa%C3%Bade&siteurl=www.teses.usp.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_jumi%26fileid%3D20%26Itemid%3D96%26lang%3Dpt-br&ref=www.teses.usp.br%2F&ss=2181j633753j14. Acesso em: 19 abr. 2019.
- VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 jul. 2019.
- VIEIRA, Gustavo Oliveira. **O constitucionalismo no cenário pós-nacional: as implicações constitucionais da mundialização e a busca por fontes alternativas de legitimidade**. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4736>. Acesso em: 15 set. 2019.
- WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. In: **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas, SP: Saberes, 2010.

ANEXO

STA 175

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente):

Trata-se de agravo regimental interposto pela União (fls. 193-229) contra a decisão da Presidência do STF (fls. 169-184), na qual indeferi o pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, formulado pela União, (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

A decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, em consonância com prévio parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 135-149 e 162-163) por não se constatar, no caso, grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, ressaltando-se os seguintes fundamentos, no que aqui interessa:

“ [...]

No caso dos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito:

- a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29);
- b) os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29);
- c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30);
- d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês; e

e) segundo o acórdão impugnado, há prova préconstituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (fl. 108).

A decisão impugnada, ao deferir a antecipação de tutela postulada, aponta a existência de provas quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado, nos seguintes termos:

“(…) No caso concreto, a verossimilhança da alegação é demonstrada pelos documentos médicos que restaram coligidos aos autos. No de fl. 24, consta que ‘o miglustato (Zavesca) é o único medicamento capaz de deter a progressão da Doença de Niemann-Pick Tipo C, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente’. A afirmação é seguida de indicação das bases nas quais se assentou a conclusão: estudos que remontam ao ano 2000. Além dele, convém apontar para o parecer exarado pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação – Associação das Pioneiras Sociais, sendo essa instituição de referência nacional. Nessa manifestação (fl. 28) consta: ‘Atualmente o tratamento é, preponderantemente, de suporte, mas já há trabalhos relatando o uso do Zavesca (miglustat), anteriormente usado para outras doenças de depósito, com o objetivo de diminuir a taxa de biossíntese de glicolípídios e, portanto, a diminuição do acúmulo lisossomol destes glicolípídios que estão em quantidades aumentadas pelo defeito do transporte de lipídios dentro das células; o que poderia possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da qualidade de vida dos pacientes acometidos pela patologia citada’. Acrescente-se que o medicamento pretendido tem sido ministrado em casos idênticos. (...) Esse quadro mostra que há prova préconstituída de que a jovem CLARICE é portadora da doença Niemann-Pick Tipo C; de que a medicação buscada (miglustat) é considerada pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida do paciente com uma certa qualidade; de que tem sido ministrado em outros pacientes, também em decorrência de decisões judiciais.” (fls. 107-108)

O argumento central apontado pela União reside na falta de registro do medicamento Zavesca (miglustat) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, consequentemente, na proibição de sua comercialização no Brasil.

No caso, à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento ZAVESCA ainda não se encontrava registrado na ANVISA (fl. 31).

No entanto, em consulta ao sítio da ANVISA na internet, verifiquei que o medicamento ZAVESCA (princípio ativo miglustate), produzido pela empresa ACTELION, possui registro (n.º 155380002) válido até 01/2012.

O medicamento Zavesca, ademais, não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Apesar de a União e de o Município de Fortaleza alegarem a ineficácia do uso de Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick Tipo C, não comprovaram a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS.

Por outro lado, os documentos juntados pelo Ministério Público Federal atestam que o medicamento foi prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos (fl. 166).

Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

A análise da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e da ilegitimidade passiva da União e do Município refoge ao alcance da suspensão de tutela antecipada, matéria a ser debatida no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a presente medida.

[...]” (fls. 180-183)

Manteve-se, por conseguinte, a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES.

O agravante requer a reforma da decisão (fls. 193-229), renovando os argumentos antes apresentados para buscar demonstrar a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas (fls. 193-229).

Alega que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas (fls. 199- 204).

Sustenta tanto a ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências (fls. 204- 205), como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa (fls. 205-218).

Por fim, argumenta que só deve figurar no pólo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicará: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador (fls. 223-229).

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente): Trata-se de agravo regimental contra decisão da Presidência do STF (fls. 169-184) por meio da qual indeferi o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, formulado pela União (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

O presente recurso é tempestivo, conforme se depreende das fls. 189-193.

A decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, por não haver constatado grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Assim, saliento que, ao analisar o pedido de suspensão, entendi inexistirem os elementos fáticos e normativos que comprovassem grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.

Na ocasião, destaquei que, segundo consta dos autos, a decisão que a União buscava suspender determinou-lhe fornecer o medicamento ZAVESCA (princípio ativo miglustate) à paciente portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como: “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas”.

Consignei, ainda, que havia informação da existência de prova pré-constituída, consistente em: laudo médico do Hospital Sarah certificando a essencialidade do medicamento para o aumento de sobrevida e de qualidade de vida da paciente, na impossibilidade de a paciente custear o tratamento e na existência de registro do referido fármaco na ANVISA.

Por fim, constatei que existem casos na jurisprudência desta Corte que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e de que não cabe discutir, no âmbito do pedido de suspensão, questões relacionadas ao mérito da demanda.

Irresignada, a União agravou da referida decisão, reforçando os argumentos antes apresentados no pedido de suspensão.

Diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, inclusive por determinação judicial, entendo necessário, inicialmente, retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla, o que faço a partir de um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR no 846/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-AgR no 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do art. 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse

direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen).

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o

Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Lembro, neste ponto, a sagaz assertiva do professor Canotilho segundo a qual “paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de ‘fuzzismo’ ou ‘metodologia fuzzy’”. “Em toda a sua radicalidade – enfatiza Canotilho – a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.).

Nesse aspecto, não surpreende o fato de que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias econômicas do direito (CANOTILHO, op. cit., p. 98).

Enfim, como enfatiza Canotilho, “havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável” (CANOTILHO, op. cit., p. 99).

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais, da seguinte forma:

“Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade

fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512)

Ressalte-se, não obstante, que a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade. Isso porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes atribuem aplicabilidade plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 500), e de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385).

Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Examinemos cada um desses elementos.

(1) direito de todos:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (AgR-RE N. 271.286- 8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000).

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Em decisão proferida na ADPF n.º 45/DF, o Min. Celso de Mello consignou o seguinte:

“Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos”.(ADPF-MC N.º 45, Rel. Celso de Mello, DJ 4.5.2004).

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização políticoadministrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, consequentemente, para a captação de recursos.

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação.

A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais

mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde. O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90.

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos:

Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo artigo 198, inciso II, da Constituição.

(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário:

O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007).

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de

medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei **Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública**, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Esse dado pode ser importante para **a construção de um critério ou parâmetro para a decisão** em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal n.º 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, **inclusive os importados**, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, **podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.**

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos

Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos regese pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas

de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Com fundamento nessas considerações, que entendo essenciais para a reflexão e a discussão do presente caso pelo Plenário desta Corte, retomo, de forma específica, as razões apresentadas pela União em seu agravo regimental.

Da análise do presente recurso, concluo que a agravante não traz novos elementos aptos a determinar a reforma da decisão agravada.

Em primeiro lugar, a agravante repisa a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos Poderes, o que já havia sido afastado pela decisão impugnada, a qual assentou a possibilidade, em casos como o presente, de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. Colhe-se dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado.

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaco a ementa da decisão proferida na ADPFMC 45/DF, relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO

DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Nesse sentido é a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich (ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, 2004, p. 251):

“Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <> entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.” (sem grifo no original).

Além disso, a agravante, reiterando os fundamentos da inicial, aponta, de forma genérica, que a decisão objeto desta suspensão invade competência administrativa da União e provoca desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que são do Estado e do Município. Contudo, a decisão agravada deixou claro que existem casos na jurisprudência desta Corte que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública - Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária.

No RE 195.192-3/RS, a 2ª Turma deste Supremo Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse sentido, o acórdão restou assim ementado:

“SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

Em sentido idêntico, no RE-AgR 255.627-1, o Ministro Nelson Jobim afastou a alegação do Município de Porto Alegre de que não seria responsável pelos serviços de saúde de alto custo. O Ministro Nelson Jobim, amparado no precedente do RE 280.642, no qual a 2ª Turma havia decidido questão idêntica, negou provimento ao Agravo Regimental do Município:

“(…) A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo n.º 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. (...)” (RE-AgR 255.627-1/RS, 2ª Turma, Ministro Nelson Jobim, DJ 21.11.2000)

A responsabilidade dos entes da Federação foi muito enfatizada durante os debates na Audiência Pública - Saúde, oportunidade em que externei os seguintes entendimentos sobre o tema:

O Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária para responder pelas demandas de saúde.

Muitos dos pedidos de suspensão de tutela antecipada, suspensão de segurança e suspensão de liminar fundamentam a ocorrência de lesão à ordem pública na desconsideração, pela decisão judicial, dessa divisão de responsabilidades

estabelecidas pela legislação do SUS, alegando que a ação deveria ter sido proposta contra outro ente da Federação.

Não temos dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. Importa aqui reforçar o entendimento de que cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios agirem em conjunto no cumprimento do mandamento constitucional.

A Constituição incorpora o princípio da lealdade à Federação por parte da União, dos Estados e Municípios no cumprimento de suas tarefas comuns.

De toda forma, parece certo que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos.

Ressalto que o tema da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde também poderá ser apreciado pelo Tribunal no RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, o qual tem repercussão geral reconhecida, nos termos da seguinte ementa:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Também tramita nesta corte a Proposta de Súmula Vinculante n.º 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Referida PSV teve a tramitação sobrestada por decisão da Ministra Ellen Gracie, Presidente da Comissão de Jurisprudência, e está no aguardo da apreciação do mérito do referido RE 566.471 (DJe 26.8.09).

Assim, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal n.º 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte. Entendo, pois, que a determinação para que a União arque com as despesas do tratamento não configura grave lesão à ordem pública.

A correção ou não deste posicionamento, entretanto, não é passível de ampla cognição nos estritos limites deste juízo de contracautela, como quer fazer valer a agravante.

Da mesma forma, as alegações referentes à ilegitimidade passiva da União, à violação do sistema de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da

lei do SUS, não são passíveis de ampla delibação no juízo do pedido de suspensão de segurança, pois constituem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a tutela antecipada. Nesse sentido: SS-AgR n.º 2.932/SP, Ellen Gracie, DJ 25.4.2008 e SS-AgR n.º 2.964/SP, Ellen Gracie, DJ 9.11.2007, entre outros.

Ademais, diante da natureza excepcional do pedido de contracautela, evidencia-se que a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso.

Neste ponto, o pedido formulado tem nítida natureza de recurso, o que contraria o entendimento assente desta Corte acerca da impossibilidade do pedido de suspensão como sucedâneo recursal, do qual se destacam os seguintes julgados: SL 14/MG, rel. Maurício Corrêa, DJ 03.10.2003; SL 80/SP, rel. Nelson Jobim, DJ 19.10.2005; 56-AgR/DF, rel. Ellen Gracie, DJ 23.6.2006.

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.

Além disso, não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

Por fim, destaco que a agravante não infirma o fundamento da decisão agravada de que, em verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso (dano inverso), caso a decisão venha a ser suspensa (fl. 183).

Ante o exposto, nego provimento **ao agravo regimental**.

É como voto.